Die Sicherheitsübereignung

und das

Mobiliarsicherungsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der akademischen Doktorwürde

verfasst

und der hohen juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Gerbert,

aus Düsseldorf.

Bonn,

Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei und Verlag

1905

Meinem Onkel

dem

Kaufmann Hubert Gerbert

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0029

Literatur-Verzeichnis.

1) Dernburg, Pand. 5. Aufl. Band I—II.
2) Windscheid-Kipp, Pand. 1. Aufl. Band I.
3) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 1. Aufl.
4) Dernburg, B. G. B. Bd. I. 2. Aufl. Bd. II. 1. u. 2. Aufl. Bd. III. 2. Aufl.
5) Endemann, B. G. B, Band I, 6. Aufl. II, 3.—5. Aufl. Band II, 3.—5. Aufl.
6) Goldmann-Lilienthal, B. G. B. Band II.
7) Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht. 16. Aufl.
8) Dühringer-Hachenburg, H. G. B., Band II.
9) Regelsberger, Arch. f. d. civ. Pr., Band LXIII, S. 172 flg.
10) Hellwig, ebenda, Band LXIV, S. 369 flg.
11) Lang, ebenda, Band LXXXIII, S. 336 flg.
12) Linckelmann, Arch. f. bürg. R., Band VII, S. 209 flg.
13) Dreyer, Gruch. Band XL, S. 233 flg.
14) Dungs, ebenda, Band XXXII.
15) Wienstein, ebenda, Band XLVI, S. 241 flg.
16) Kohler, Iherings Jahrb., Band XVI, S. 140 flg.
17) Schultze, ebenda, Bd. XLIII, S. 1 flg.
18) Schultze, Zeitschr. f. Handelsrecht, Band LII, S. 254 flg.
19) Wilutzki, Jurist. Wochenschrift 1901, S. 710 flg.
20) Wilutzki, Deutsche Juristenzeitung 1901, S. 20.
21) Schröder, Deutsche Juristenzeitung 1901, S. 331.
22) Lilienthal, Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 542.
23) Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung.
24) Haas, Sicherstellung durch Übereignung einer Geldforderung.
25) Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft.
26) Bekker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium (Diss.).
27) Engel, Sicherungsübereignung (Diss.).

28) Bähr, Urteile des Reichsgerichts, S. 52 flg.
29) Karlowa, Rechtsgeschäft.
30) Oertmann, Die fiducia im röm. Privatrechte.
31) Pfaff, Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere.
32) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band XIII, S. 298 flg., Band XXVI, S. 182 flg., Band XXXVI, S 54 flg.; Jurist. Wochenschrift 1900, S. 67 Nr. 32, S. 880 Nr. 28; in Gruch. Band XLI, S. 424, in Deutsch. Juristen-Zeitung. 1902, Nr. 20.
33) Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte.
34) Aall, Macht und Pflicht.
35) Kathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht.
36) Ihering, Zweck im Recht.
37) Krückmann, Die Entfremdung zwischen Recht und Volk.
38) Mach, Ein Religions- und Weltproblem.
39) Carlyle, Über Helden, Heldenverehrung (Reclams Ausg.).
40) Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, III. Band, 2. Aufl.

Inhalts-Angabe.

Seite

A. Geschichtliche Entwicklung des Realkredits 9
I. Das römische und das deutsche Recht 9
II. Die Grundsätze der Publizität und Spezialität. Ihr Ursprung und ihre Bedeutung 10
B. Die Sicherheitsübereignung 13
I. Allgemeines 13
II. Arten und Rechtsfolgen der Sicherheitsübereignung 16
III. Die Sicherheitsübereignung und das Pfandrecht . 19
IV. Die wirtschaftlichen Entstehungsursachen der Sicherheitsübereignung und ihre wirtschaftliche Bedeutung 21
V. Juristische Konstruktion der Sicherheitsübereignung 26
VI. Die gegen die Sicherheitsübereignung gerichteten Angriffe der Wissenschaft 29
C. Die Sicherheitsübereignung und die Simulation . . . 31
D. Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz und Umgehungsgeschäfte 33
I. Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz 33
II. Umgehungsgeschäfte 34
E. Das Verbot der sog. Mobiliarhypothek 39
F. Der Sicherungszweck 45
I. Zweck, Sicherungszweck 45
II. Zweck der Sicherung wegen einer Forderung und Motiv der Sicherung wegen einer Forderung . . 46
G. Pfandrechtsgebot und Sicherungszweck 49
I. Der Sicherungsgedanke als Rechtsgedanke . . . 49
II. Der Sicherungszweck ist ein unbeweglicher Rechtszweck, nur in vorgeschriebener Form verfolgbar; dies beweist:

Seite

1. Der Wortlaut des Gesetzes 52
2. Die organische Entwicklung der Sachenrechte aus den ihnen zugrunde liegenden Rechtsgedanken 53
3. Die wesentliche Eigenschaft des Rechts, richtiges Recht zu sein, sowie der Satz von der geschlossenen Zahl der Sachenrechte 57

H. Das Pfandrecht als Mobiliarsicherungsrecht 60

A. Geschichtliche Entwicklung des Realkredits.

I. Das römische und das deutsche Recht.

Auf dem Gebiete des sachenrechtlichen Kredits hat das römische Recht kein Institut hervorgebracht, das den Anforderungen des Verkehrslebens völlig Genüge geleistet hätte. Die Frage, wie zum Wohle des gesamten Verkehrs das Schuldner- und Gläubigerinteresse zur Versöhnung zu bringen seien, wie insbesondere das Recht des Gläubigers auf die geleistete Sicherheit mit den Garantien einer wirklichen Sachherrschaft auszustatten sei, ohne dass der Schuldner zugleich den Gefahren überlegener Kapitalmacht preisgegeben werde, hat es ungelöst gelassen.

Die altrömische Pfandfiducia wahrte einseitig den Vorteil des Gläubigers: Die Pfandsache wurde ihm durch mancipatio oder in jure cessio zu vollem Eigentum übergeben mit der nur obligatorisch bindenden Nebenabrede, dass er die Sache getreu bewahren und nach Erlöschen seiner Forderung zurückübereignen solle. Das Schicksal des fiduziierten Gegenstandes ruhte hiernach in der Hand des Gläubigers; mit voller Legitimation konnte er willkürlich über seine Verwertung befinden. Der Anspruch des Verpfänders erschöpfte sich in dem persönlichen Rückforderungsrecht.

Die fiducia verlor im Laufe der Zeit ihre Herrschaft an die hypotheca, ein Institut, das in gegensätzlicher

Weise einseitig den Schuldnerstandpunkt betonte. Hier begründete einzig und allein der Verpfändungsvertrag das dingliche Pfandrecht; der Pfandgegenstand verblieb im Besitze des Schuldners. Die dingliche Sicherheit des Gläubigers hatte sonach ihre Stütze ausschliesslich in der persönlichen Ehrenhaftigkeit des Schuldners.

Daneben bestand das pignus, das in seiner ursprünglichen Gestaltung dem Gläubiger nur den Sachbesitz ohne ein dingliches Verfolgungs- und Verwertungsrecht, also eine lediglich tatsächliche Sicherung, bot.

Das deutsche Recht kannte verschiedene Pfandrechtsnormen für Immobilien und Mobilien, und es konnte an ersteren nur durch Eintragung in öffentliche Bücher, an letzteren nur unter realer Übertragung des Besitzes ein Pfandrecht begründet werden. Durch die Besitzübergabe wurde verhütet, dass der Schuldner über die Sache irgend welche Verfügungen traf, welche für den Gläubiger hätten nachteilig sein können. Nach einer zeitweisen Verdrängung durch das römische Recht lebten diese deutschrechtlichen Gedanken in der neueren Gesetzgebung wieder auf[1]). Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetz-Buches insbesondere entsteht das Pfandrecht an Grundstücken durch Eintragung ins Grundbuch, an beweglichen Sachen durch Übergabe des Besitzes an den Gläubiger.

II. Die Grundsätze der Publizität und Spezialität. Ihr Ursprung und ihre Bedeutung.

Das deutsche Pfandrecht nimmt in letzter Linie seinen Ausgang von der Lebensregel, dass der Besitz normaler Weise mit dem Rechte verknüpft, dass der Besitzer gleichzeitig Eigentümer ist. Dieser Sachverhalt findet auch

1) Vgl. Gerber-Cosack a. a. O. S. 257 flg.

in § 1006 B. G. B. seine Sanktion, indem zugunsten des Besitzers[1]) einer beweglichen Sache vermutet wird, dass sie in seinem Eigentum, und zwar in seinem unbeschränkten Eigentum stehe[2]). Wer ein begrenztes Recht an der Sache geltend machen will, hat dies zu beweisen[3]). Für diese Vorstellungsweise bleibt folgerichtig die Eigentumsmacht in ihrer Totalität so lange unverändert, bis die bestehende Güterlage eine Verschiebung erleidet. Eine Regel, dass an einer Sache ein begrenztes Recht allein durch blossen Vertrag begründet werden könne, würde demzufolge im schärfsten Widerspruche mit jener Grundanschauung stehen.

Als Folgerung ergibt sich daher, dass nur diejenige Willenserklärung sachenrechtlich erheblich ist, die mit einer das jeweils erstrebte dingliche Recht signifizierenden Güterverschiebung verbunden ist. Dieser, die Offenkundigkeit und Erkennbarkeit der dinglichen Rechte sichernde Akt ist für die beweglichen Sachen die Übergabe, für die unbeweglichen die Grundbucheintragung und — bei der Briefgrundschuld und Briefhypothek Übergabe des Grundschuld- oder Hypothekenbriefes an den Erwerber. Nur so kann das Rechtsgut dem Banne der bisherigen Eigentumsvermutung entrückt werden. Nunmehr knüpft sich jene Vermutung entweder in ungeschwächtem Masse an eine

1) Diese Vermutung steht allerdings nur dem Eigenbesitzer zur Seite. Indessen folgt dies wieder aus der Natur der Sache; denn nur bei dem Eigenbesitze ist eine dem Eigentume ähnliche äusserliche Sachherrschaft wahrzunehmen. Vgl. Endemann II S. 166. Diese Auffassung liegt auch dem Gesetze zugrunde, indem es neben der Eigentumsvermutung noch eine Vermutung für beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen kennt, wie dies aus den §§ 1065, 1227 für Niessbrauch und Pfandrecht zu entnehmen ist. Vgl. Staudinger, Kommentar III, Anm. III zu § 1006.

2) Vgl. Endemann, a. a. O. II S. 166.

3) ebenda, a. a. O. II S. 263.

andere Person, was den Fall des Eigentumswechsels voraussetzt, oder sie besteht zwar fort, aber unter Beschränkung ihres Umfanges, indem der Erwerber des neu geschaffenen Rechts durch die Einnahme einer bestimmt abgegrenzten Rechtsposition sein beschränktes Recht, zugleich hiermit aber auch das noch fortdauernde, allerdings in seiner Fülle um jenes neu geschaffene Recht verminderte Eigentum, offensichtlich anerkennt[1]).

Dem römischen Rechte war eine derartige Rechtsvermutung mit ihren Konsequenzen fremd[2]), so dass die Ausbildung des reinen Vertragspfandes zu einem dinglichen Rechte sich vollziehen konnte, ohne dass ein Widerspruch mit bestehenden Rechtsprinzipien zutage trat. Im Verkehr indessen wird auch bei den Römern jener Glaube an die Verkörperung des Eigentums durch den Besitz gelebt haben, nur wird der individualistische Zug, der dem römischen Rechte charakteristisch ist, dem jenem Verkehrsglauben innewohnenden sozialen Rechtsgedanken nicht hold gewesen sein. Dass dem so war, dürfte an den Früchten zu erkennen sein, die das Vertragspfand gezeitigt hat: niemand hatte, weil eben das Pfandrecht nicht in die Erscheinung trat, Gewissheit, ob eine Sache bereits verpfändet und dadurch im Werte gemindert war; die Kreditverhältnisse wurden infolgedessen völlig erschüttert; durch die Generalhypothek, welche die Verpfändung des gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Schuldnervermögens darstellt, sicherten sich einzelne Gläubiger zum Schaden anderer beliebige Vorrechte; dieses Übel steigerte sich noch mit der Einführung der gesetzlichen Spezial- und Generalhypothek. Für den Personalkredit musste notwendig mit dem Vertrauen auf die dingliche Rechtslage

1) Endemann a. a. O. II. S. 129[18], Staudinger a. a. O.
2) ebenda, S. 166[2].

gleichzeitig jede Stütze brechen. „Den Betrügereien", welche dieser Rechtszustand im Gefolge hatte „konnte die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betrugs — Stellionat — nur zum Teile steuern" [1]).

Mit der Rezeption des römischen Rechts hat allerdings die formlose Hypothek ihre verderbliche Wirkung auch in Deutschland entfaltet; indesssn war ihre Herrschaft nur von kurzer Dauer. Vor den lebenskräftigen Rechtsgedanken der deutschen Pfandrechtsnormen musste sie weichen. Offenbar in der Erkenntnis, dass nur solche Rechtsfolgen wirkliches Recht und daher zuzulassen sind, „die eine allgemeine Durchführung in Übereinstimmung mit einem guten sozialen Leben vertragen" [2]), erhob die Mehrzahl der deutschen Staaten die deutschen Pfandrechtsgrundsätze zum Gesetz: Das Pfandrecht an Immobilien sowie an Mobilien muss demnach in seiner Begründung sowohl wie in seinem Umfange offenkundig sein [3]). Diese Grundsätze pflegt man Publizitäts- und Spezialitäts-Prinzip zu nennen.

B. Die Sicherheitsübereignung.

I. Allgemeines.

Die Ausgestaltung des Mobiliarpfandrechtes zum ausschliesslichen Besitzpfand hat keineswegs überall Beifall gefunden. Im Gegenteil: In der Praxis wie auch in der Theorie zählt sie viele Gegner. Man sieht in ihr geradezu einen Hemmschuh für die Entwicklung eines gesunden Mobiliarkreditverkehrs [4]). Vornehmlich rügt man, dass die

1) Dernburg, Pand. I. S. 659.
2) Stammler a. a. O. S. 46.
3) Gerber-Cosak a. a. O. S. 257, 301.
4) Vgl. Linckelmann a. a. O. S. 211, Leist a. a. O. S. 7.

Alleinherrschaft des reinen Faustpfandes mit einer Beschränkung des Kreises der verpfändbaren Sachen verbunden sei, indem tatsächlich nur noch der glückliche Besitzer entbehrlicher Mobilien eine Verpfändung vornehmen könne.

Es ist aber offenbar — und dies wird wohl allgemein anerkannt — dass es ein Gebot der reinen Menschlichkeit und der gesunden Sozialpolitik ist, dasjenige, was dem Schuldner zu seiner und seiner Familie Lebenshaltung unentbehrlich ist, wie der Zwangsvollstreckung, so auch der freiwilligen Verpfändung unzugänglich zu machen. Gleichwohl soll dieses Schuldnerschutzgesetz wie Gott Janus ein doppeltes Gesicht zeigen; es soll geradezu eine Schuldnerbedrückung in Fällen bedeuten, wo der Schuldner als mittelloser Mann nur einen Hausrat oder als Gewerbetreibender und Landwirt nur ein wertvolles Inventar sein eigen nennt. Einem solchen Schuldner würde, wie man sagt, die letzte tatsächliche Möglichkeit, sein Vermögen zu einer Kredit- und wirtschaftlichen Kraftquelle zu machen, gänzlich abgeschnitten, weil die Hingabe zum Faustpfand ihm die Aufrechterhaltung seines Haushaltes oder Betriebes unausführbar mache.

Die Abneigung gegen das Besitzpfand hat eine neue Rechtsform der Mobiliarsicherheit ins Leben gerufen; dieses Pfandrechtssurrogat hat die Vorzüge des römischen Vertragspfandes: Dinglichkeit der Sicherung und Verbleib der Pfandstücke im Besitze des Schuldners. — Der Gläubiger erhält nämlich zu dem Zwecke seiner Sicherstellung die Sache übereignet; das Eigentum wird jedoch in seiner Dauer von dem Bestande der zu sichernden Forderung abhängig gemacht; die Sache wird sodann unter Vereinbarung eines constitutum possessorium (B. G. B. § 930) im Gewahrsam des Schuldners belassen. Dieses Pfandinstitut pflegt man Sicherheitsübereignung zu nennen.

Das vorbeschriebene Rechtsgeschäft hat in der Theorie und Praxis mehrfach Widerspruch gefunden. Die einen halten es für simuliert, die anderen erklären es für in fraudem des § 14 E. G. K. O. (alte Fassung), des § 48 K. O. und der Bestimmungen der partikularen Ausführungsgesetze zur Konkursordnung geschlossen. Die Vertreter der letzteren Lehre sind insbesondere Kohler, Hellwig, Bähr, Leist, Pfaff. Die nämliche Ansicht vertreten auch für das neue Recht, indem sie in dem Sicherungsgeschäfte eine Umgehung der §§ 1204, 1205 B. G. erblicken: Wilutzki, Stammler, Kuhlenbeck und Goltz. Die Auffassung, dass die Sicherheitsübereignung zulässig sei, vertreten: Dernburg, Endemann, Windscheid-Kipp, Linckelmann, Leonhardt, Goldstaub, Lilienthal, Schröder, Engel und die Kommentare zum B. G. B. Auf dem gleichen Standpunkte steht die Mehrheit der Gerichte. Im zweiten Bande seiner Entscheidungen, Seite 170, gibt das Reichsgericht der letzterwähnten Auffassung in deutlicher Weise Ausdruck: „Es ist nicht nur rechtlich durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Übung, dass einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung wegen einer persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögensobjekt in der durchaus ernstlichen Absicht verkauft und übertragen wird, dass der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigentümer werden soll, der wirtschaftliche Zweck einer blossen Sicherstellung aber dadurch erreicht wird, dass der Gläubiger sich durch Nebenabreden persönlich verbindlich macht, ... das Eigentum dem bisherigen Schuldner zurückzuübertragen."

Vor Eintritt in die Erörterung der Streitfrage erscheint es geboten, die möglichen Erscheinungsformen der Sicherheitsübereignung, ihre Rechtsfolgen, Stellung zum Pfandrechte, juristische Konstruktion und wirtschaftliche Bedeutung darzulegen.

II. Arten und Rechtsfolgen der Sicherheitsübereignung[1]).

Nach der Ausgestaltung, die die Praxis und Theorie der Sicherheitsübereignung gegeben haben, begegnet sie

a) in nachstehenden Formen:

1. Die Übereignung erfolgt unabhängig von einer Bedingung. Hier ist der Gläubiger obligatorisch gebunden, das Eigentum zurückzuübertragen, sobald er wegen seiner Forderung befriedigt ist. Diese Verpflichtung ergibt sich als Folge daraus, dass mit der Rechtsübertragung lediglich die Sicherung des Gläubigers bezweckt ist; mit diesem Zweckbestreben geben die Parteien deutlich kund, dass sie die Dauer des Rechts in dem angegebenen Masse begrenzen wollen; eine die Rückgabepflicht ausdrücklich festlegende Beredung ist nicht erforderlich. Die obligatorische Rückübertragungspflicht hindert einen Eigentumserwerb durch dritte nicht; der Dritterwerber wird Eigentümer selbst dann, wenn er beim Erwerb jene Verpflichtung des Veräusserers kannte. Diese Art der Sicherungsübereignung wird in der neueren Theorie speziell als fiduciarische bezeichnet[2]).

Der Eigentumserwerb kann sich unter einer Bedingung vollziehen. Die Parteien setzen entweder die Nichterfüllung der Schuld als aufschiebende oder die Schulderfüllung als auflösende Bedingung; im ersteren Falle geht

1) Leist a. a. O. S. 12 flg. Dreyer a. a. O. S. 518. Dühringer-Hachenburg a. a. O. S. 548 flg. Lilienthal a. a. O. Dernburg B. G. B. I. S. 505. Seuff Arch. N. F. 25 S. 121. Lang a. a. O. S. 341—342. Goltz a. a. O. S. 85.

2) Dreyer a. a. O. S. 422. Goldstaub a. a. O. S. 42.

das Eigentum über, wenn der Schuldner nicht ordnungsmässig leistet, im anderen Falle macht die Leistung den bewirkten Eigentumsübergang wieder rückgängig.

Das bedingte Eigentum behält seine Beschränkung im Veräusserungsfalle, wenn sie dem Dritterwerber bekannt war. Beim Ausfall der Suspensiv- und Eintritt der Resolutiv-Bedingung ist er zur Rückgabe verpflichtet.

Dernburg[1]) zählt auch die Sicherheitsübereignung unter einer resolutiven Bedingung zu den fiduziarischen Geschäften. „Die Beschränkung des fiduziarischen Erwerbs kann denkbarer Weise dingliche Wirkung dadurch erhalten, dass eine auflösende Bedingung den Übertragenden dinglich sichert . . . . . In der Regel hat der Übertragende nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erwerber, um die fiduziarische Beschränkung gegen denselben geltend zu machen“ [2]).

2. Die Übereignung wird entweder als abstraktes Rechtsgeschäft vollzogen, indem der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt, und beide Teile darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll, und zwar zu dem Zwecke der Sicherung der dem Erwerber gegen den Veräusserer zustehenden Forderung, oder es wird ein bestimmter Veräusserungsvertrag, vorwiegend ein Kauf, gewählt. Im letzteren Falle wird in der Regel eine Sache des Schuldners unter Verrechnung der Schuld mit dem Preis, sowie unter Vorbehalt des Wiederkaufs, an den Gläubiger verkauft und ihm auf Grund dessen übereignet.

3. Die Eigentumsübertragung erfolgt durch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Schuldners, die Sache nunmehr für den Gläubiger innehaben zu wollen (constitutum possessorium). Indessen ist gemäss § 930 B. G. B. er-

1) Dernburg, B. G. B. I. S. 503.

2) Schultze bei Ihering a. a. O. S. 1—100.

forderlich, dass die Parteien ein konkretes, das constitutum possessorium motivierendes Rechtsverhältnis ins Leben rufen; in der Wahl dieses Rechtsverhältnisses sind die Parteien völlig frei; sie können nach Belieben Miete, Verwahrung u. s. w. vereinbaren.

b) Die Sicherheitsübereignung hat folgende Wirkung:

Der Gläubiger erwirbt das Eigentum an der ihm übergebenen Sache. Mit dem Erlöschen der Forderung erwächst für ihn jedoch die Pflicht zur Rückübertragung; eine besondere, diese Verpflichtung begründende Abrede ist, wie bereits betont, nicht notwendige Voraussetzung. Bei der auflösenden Bedingung fällt das Eigentum mit dinglicher Wirkung an den Schuldner zurück[1]). Die Verjährung der Forderung lässt dagegen ein Recht auf Rückgabe nicht entstehen[2]).

Der Schuldner ist umgekehrt berechtigt, gegen Leistung die Rückübertragung zu begehren, ohne dass dies expressis verbis vereinbart sein muss.

Bezahlt der Schuldner den Gläubiger nicht, so gewinnt dieser nicht etwa ein Recht, das Sicherungsobjekt an Zahlungs Statt zu behalten; er ist vielmehr nur berechtigt, die Sache zu verwerten und sich unter Herausgabe eines etwaigen Überschusses an den Schuldner aus dem Erlöse zu befriedigen.

Der Eigentumsübergang äussert keine rechtliche Wirkung auf den Bestand der zu sichernden Forderung, der Gläubiger kann sie vielmehr nach wie vor im Klagewege geltend machen. Fraglich erscheint dies jedoch für den Fall, dass die Parteien einen Kaufvertrag unter Aufrechnung des Preises gegen die Forderung geschlossen haben. Mit Dühringer-Hachenburg ist gegen Lilien-

1) Lilienthal a. a. O. S. 545. Dühringer-Hachenburg a. a. O. S. 550.

2) § 223 Abs. 2. B. G. B.

thal das Fortbestehen der Schuld anzunehmen; es steht nämlich zu erwägen, dass der Zweck des Geschäfts in der Sicherung der Forderung aufgeht. Dieser Zweck verliert aber in dem nämlichen Augenblick jegliche Bedeutung, wo die Forderung infolge Verrechnung untergeht[1]). In diesem Falle würde es sich um eine Übereignung zum Zwecke der Sicherung einer Forderung überhaupt nicht mehr handeln.

Die Forderung erlischt nicht notwendig mit der Verwertung der Sicherungsobjektes; dies trifft nur dann zu, wenn des Betrag des Erlöses und derjenige der gesicherten Forderung sich völlig decken; im anderen Falle besteht die Schuld fort, soweit der Erlös zur Befriedigung nicht genügte.

Die Forderung bleibt auch dann noch bei Bestand, wenn die übereigneten Fahrnisse durch Zufall untergehen; der Gläubiger wird in diesem Falle seiner Rückübertragungspflicht ledig.

Die Art der Rechtsfolgen der Sicherheitsübereignung lässt eine vergleichsweise Betrachtung des Pfandrechts geboten erscheinen.

III. Die Sicherheitsübereignung und das Pfandrecht.

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen ist nach B. G. B. das dingliche Recht, zur Sicherung einer Forderung Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstande zu suchen. Das Pfandrecht ist nicht seiner selbst wegen da, sondern es dient dem Schutze eines anderen Rechts, nämlich eines Forderungsrechts. Seiner Natur nach ist es also unselbständig; es kann ohne Forderung nicht bestehen,

1) Dühringer-Hachenburg a. a. O. S. 550. Lilienthal a. a. O. S. 546.

und es tritt ohne Forderung nicht ins Leben; mit dem Erlöschen der Forderung geht es selbst unter. Diese Gebundenheit des Pfandrechts an das Dasein eines anderen Rechts ist eine notwendige Folge seiner Bestimmung, rechtliches Sicherungsmittel zu sein.

Mit dem Pfandrechte verbindet sich ferner keine Willensherrschaft schlechtweg; Ziel und Ende der dem Pfandgläubiger gewährten Herrschgewalt gehen auf in dem bestimmten Zwecke, einem anderen Rechte Befriedigung zu verschaffen. Nur in Grenzen, welche diese Zweckbestimmung zieht, hält sich die Verfügungsgewalt des Gläubigers.

Indessen ist die Macht des Pfandgläubigers immerhin so weitgehend, wie die keines anderen dinglich Berechtigten. Er hat es in der Hand, durch Ausübung seines Verkaufsrechtes das Eigentum zu zerstören. So einschneidend vermag keiner von den anderen dinglich Berechtigten auf eine fremde Sache einzuwirken. In den nämlichen Grenzen hält sich das Pfandrechtssurrogat der Sicherheitsübereignung.

Wie im vorherigen Abschnitte dargelegt [1]), ist auch seine Lebensbedingung: das Vorhandensein einer zu sichernden Forderung. So verlangt es die Zweckbestimmung. Auch die Sicherheitsübereignung kann die Forderung nicht überdauern: Mag nämlich bei einer unbedingten Eigentumsübertragung die Rückgabepflicht auch nur als eine obligatorische bestehen — die engen Lebensgrenzen sind damit gleichwohl gesetzt; sie sind auch nicht minder scharf gezogen; die gegebenenfalls drohende Schadensersatzpflicht wird erfolgreich über die Einhaltung der Rückübertragungspflicht wachen [2]).

1) Vgl. oben B. II.
2) Vgl. Goltz a. a. O. S. 15.

Die Sicherheitsübereignung gewährt gleichfalls die Sachherrschaft nur zu dem Ende, damit ein anderes Recht befriedigt werde. Daher keine volle Betätigung der Eigentümereigenschaft: Die Nutzung verbleibt beim Schuldner, der Gläubiger darf gegebenenfalls die Sache nur verkaufen und sich aus dem Erlöse für seine Forderung befriedigen. Nicht einmal im Schuldnerkonkurse entfaltet das Eigentum seine Allgewalt: der Gläubiger kann nur absondern. Und selbst den bankerotten Gläubiger lernen die Konkursgläubiger nicht als den Eigentümer des Sicherungsobjektes kennen: der Schuldner sondert vielmehr die an den Gläubiger übereigneten Sachen aus.

Diese Darlegung lässt erkennen, dass das Institut der Sicherheitsübereignung in seiner praktisch-rechtlichen Anwendung im wesentlichen mit dem Pfandrechte sich deckt. Ja, „die einzige Verschiedenheit vom Pfandrecht liegt nur darin, dass der Gläubiger das Verkaufsrecht nicht auf Grund eines dinglichen Rechtes, sondern wegen des ihm zustehenden Eigentums hat“ [1]).

IV. Die wirtschaftlichen Entstehungsursachen der Sicherheitsübereignung und ihre wirtschaftliche Bedeutung.

Die Erkenntnis, dass mit der Sicherheitsübereignung im Erfolge das nämliche wie mit dem Pfandrecht gewonnen wird, dass auch beide Geschäfte in ihrem Rechtsbestande in wesentlichen Punkten aneinander anklingen, löst die Frage nach der Ursache aus, die den Verkehr zur Pflege des Ersatzgeschäfts drängt. Die Antwort hierauf ist bereits angedeutet. Die Verteidiger des neuen Pfandinstituts finden jene Ursache in einer verkehrsschädlichen Beschränkung

1) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 383.

des Kreises der Sicherungsobjekte. Eine ganze Reihe von Sachen, führt man aus, könne von den Besitzern nicht ohne Preisgabe ihrer wirtschaftlichen Existenz aus den Händen gegeben werden, seien daher wegen der durch das Pfandrecht erforderten Besitzübertragung tatsächlich verpfändungsunfähig. Dies treffe insbesondere für die Fälle einer vorübergehenden Notlage unbemittelter Leute zu, die in ihrem unentbehrlichen Hausrate ihren einzigen Reichtum schätzten, ferner für Gewerbetreibende und Landwirte, deren Vermögen sich in einem unter Umständen wertvollen Inventar darstelle. Allen solchen Kreditbedürftigen weist man die Sicherheitsübereignung als rettendes Mobiliarkreditmittel zu. Man zweifelt nicht im geringsten, ihnen recht zu raten. Von den Zweiflern vielmehr erwartet man geradezu den Beweis der Negative, dass neben dem aus der Missherrschaft des Vertragspfandes naturnotwendig hervorgegangenen Besitzpfande ein zweites Mobiliarsicherungsinstitut nicht bestehe. „Mit welchem Rechte", fragt Linckelmann[1]), „soll es dem Gewerbetreibenden, mit welchem Rechte dem Landwirte versagt sein, auf das ihm gehörige bewegliche Inventar Geld her zu leihen", wobei er die Sicherheitsübereignung als durchaus zulässiges Kreditmittel empfiehlt.

Diese Frage scheint eine ungeahnte Perspektive in das innerste Räderwerk des wahren und wirklichen Verkehrslebens zu eröffnen, scheint mit einem hellen Lichtstrahl eine wogende Flut stärkster Verkehrsbedürfnisse zu beleuchten, so dass das gegenwärtige Pfandrechtsgebilde als das Erzeugnis einer geradezu minderwertigen Gesetzgebung erscheinen könnte. Sicherlich: Wenn ein Zustand, wonach die Fahrnissicherung nur durch Faustpfand erfolgen kann, sehr erhebliche, vielleicht gar grössere Missstände

1) Linckelmann a. a. O. S. 211.

als das reine Vertragspfand zur Folge hat[1]), so möchte man beinahe in Abrede stellen, dass „die positiven Rechte das Ergebnis einer Bestrebung darstellen, die für ein Zusammenleben erspriesslichen Normen auszumitteln“[2]). Das Recht würde in einer der bedeutungsvollsten Lebensbeziehungen in offenem Widerspruche mit dem richtigen Handeln in der menschlichen Gemeinschaft stehen. Und dennoch verheisst man, dass „jede Rechtsnorm ihrem eigensten Sinne und Wesen nach ein Zwangsvergleich zum Richtigen“[3]) im Verkehrsleben und tatsächlich die Zahl der durchaus falschen und verwerflichen Rechtssätze nur sehr gering sei[4]).

Dass die Bestellung des Besitzpfandes in manchen Fällen unausführbar ist und daher als drückend empfunden wird, soll zugegeben werden. Indessen ist hierbei zu beachten, dass diese Fälle überwiegend identisch mit den Fällen sind, in welchen die §§ 811, 812 C. P. O. die Begründung einer Realsicherung im Wege der Pfändung für unzulässig erklären. Es kann danach überhaupt fraglich sein, ob in diesen Fällen ein anerkennenswertes Bedürfnis nach einer freiwilligen Realsicherung gegeben ist, nachdem der Gesetzgeber selbst dem Gläubiger den Schutz des Pfändungspfandrechtes versagt hat. Der nämliche sozialpolitische Gesichtspunkt, der den §§ 811, 812 C. P. O. zugrunde liegt, dürfte auch die erstrebte weitgehende Verpfändungsmöglichkeit als der Gemeinschaft unzuträglich erscheinen lassen: die dem einzelnen für seine Lebenshaltung unentbehrliche Habe soll ihm nicht durch den Gläubiger entzogen werden können. Das Mitleid mit dem Schuldner bringt ihm nicht einmal einen Vorteil. Denn

1) Kohler, Arch. f. B. R. VII. S. 234.
2) Vgl. Aall a. a. O. S. 86.
3) Stammler a. a. O. S. 29.
4) Krückmann a. a. O. S. 4.

bei einer Vermögenszerrüttung, die soweit vorgeschritten ist, dass nur noch das unentbehrliche Inventar und Mobiliar die einzige Habe darstellen, ist zumeist die Verpfändung dieser letzten Habseligkeiten nicht nur ein von vornherein aussichtsloser Versuch zu einer wirtschaftlichen Besserstellung, sondern das angepriesene Rettungsmittel der Sicherheitsübereignung fügt zu dem Nichts in Wirklichkeit noch das Minus einer Vermögenspreisgabe hinzu.

Der grösseren Gewerbetreibenden und Landwirte, die eine Mobiliarsicherung ohne Besitzübergabe wünschen, dürften nur wenige und diese dazu noch zumeist in der Lage sein, bei einiger Mühewaltung sich Personalkredit zu verschaffen oder in anderweiter Form sich wirtschaftlich besser zu stellen.

Zudem würde mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 811 und 812 C P. O. die Zulässigkeit einer Mobiliarsicherung ohne Besitzübergabe bei bestehender Unmöglichkeit einer Sicherung durch Pfändung für eine Reihe von Gläubigern, die im Prozesswege sich rechtzeitig einen Vollstreckungstitel erkämpft haben, deshalb eine Ungerechtigkeit bedeuten, weil der Schuldner auch dem nachlässigsten Gläubiger aus irgend welchen unlauteren Motiven nach Belieben durch einfachen Vertrag eine dingliche Sicherung bestellen könnte.

Dazu steht Folgendes zu erwägen: Spricht nicht die konsequente historische Entwicklung des Besitzpfandes zum alleinigen Mobiliarkreditmittel für die Notwendigkeit seiner Existenz im Rechtsverkehr? Hat nicht die Rechtsgeschichte das Vertragspfand gerade seiner Unerkennbarkeit wegen, und hiermit überhaupt jede für den Dritten nicht sichtbare Mobiliarsicherung in seiner Lebensunbrauchbarkeit und Verkehrsschädlichkeit entlarvt und über dasselbe endgültig das Urteil gesprochen? Bedeutet demgegenüber die Duldung einer „Mobiliarsicherheit ohne

Besitzübergabe“ [1]) nicht eine Verleugnung des geschichtlich gerechtfertigten Werdeganges der gegenwärtig herrschenden Form der Fahrnissicherung? Diese Fragen dürfte kaum jemand verneinen. Ihre Bejahung aber bedeutet die Bestätigung des Pfandrechtes als eines der Gesamtheit förderlichen Kreditmittels und die Zurückweisung eines jeden anderen Sicherungsmittels, das im offenen Widerspruche mit dem Pfandrechte als einem erkennbaren Sachenrechte steht, m. a. W. das nicht auf den Prinzipien der Publizität und Spezialität, den gewaltigen Pulsen unseres modernen Kreditverkehrs, ruht.

Sofern im Verkehr irgendwie das Bedürfnis nach einem anderweiten Mobiliarkreditmittel hervortreten sollte, insbesondere nach einem solchen, das die Besitzübergabe nicht notwendig macht, würde diese Notwendigkeit keineswegs identisch sein mit der Notwendigkeit, die Grundsätze der Publizität und Spezialität fallen zu lassen. Dies wäre ein Rückfall in überwundene Stadien der Rechtsbildung, in Rechtszustände, die der Verkehr als ihm schädlich bereits längst ausgeschieden hat, nicht aber eine Konsequenz aus Erscheinungen des Verkehrs, die eine feine Beobachtung zutage gefördert hätte. Das heutige Verkehrsleben verlangt zu seiner Erhaltung und gesunden Fortentwicklung in erster Linie Erkennbarkeit der dinglichen Rechtsverhältnisse, als der Grundlage insbesondere des grossen Tauschverkehrs, verlangt Ausschliessung jeder Möglichkeit eines Truggebahrens, das, wie die Bibel lehrt, der Anfang menschlicher Mühsal war. Es könnte daher nur das Bedürfnis nach einer weiteren Ausgestaltung der sachenrechtlichen Kreditmittel in den Grenzen, welche die Grundsätze der Publizität und Spezialität weisen, in Frage kommen, etwa nach dem Vorbilde der englischen bill of

1) Kohler, Arch. f. B. R. VII. S. 234 flg.

Sale Acts, wonach auch für Mobilien öffentliche Pfandbücher bestehen, die den Gläubiger ohne Sachbesitz dinglich sichern [1]). Die Hingabe zu Pfandbesitz ist ja nur eine konkrete Erscheinungsform jener Grundsätze.

Vor Erörterung dieser de lege ferenda zu behandelnden Frage dürfte sich indes eine eingehende Prüfung der Bedürfnisfrage sehr empfehlen, zumal festgestellt ist, dass von hundert der hier fraglichen Sicherungsgeschäfte, „welche [2]) zur richterlichen Kognition kommen, wenigstens neunundneunzig fraudulose sind".

V. Juristische Konstruktion der Sicherheitsübereignung.

Ueber die juristische Natur der Sicherheitsübereignung bestehen verschiedene Ansichten. Diese Konstruktionsfrage ist einerlei mit der Frage nach dem juristischen Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte [3]), weil die Sicherheitsübereignung die im Rechtsverkehr regelmässigste [4]) Form des fiduziarischen Geschäfts ist.

Von den Befürwortern der Sicherheitsübereignung bekennt sich die Mehrzahl zu der Auffassung [5]), dass

---

1) Vgl. Goltz a. a. O. S. 93 und die dort zitierten.

2) Behrens in der Verhandlung zum 15. deutschen Juristentag.

3) Charakteristisch für alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist, dass die Parteien zur Erreichung eines bestimmten Zwecks ein Rechtsgeschäft wählen, das dem Fiduziar eine den gesetzten Zweck überschiessende Rechtsmacht gewährt. Zwischen Zweck und Mittel besteht also nicht die regelmässig vorhandene Harmonie. (Vgl. Regelsberger, Arch. Band 63, S. 173.)

4) Willutzki, J. W. S. 711. Lilienthal a. a. O. S. 545.

5) Dernburg, Pand. I. S. 236. Dungs a. a. O. S. 18 flg. Vgl. a. Endemann a. a. O. I. S. 300 u. Crome a. a. O. I. S. 234.

zwischen einem formellen Eigentum des Erwerbers und einem materiellen des Schuldners zu unterscheiden sei; Dritten gegenüber, oder wie man zu sagen pflegt, nach aussen hin sei der Erwerber, im Verhältnis zum Schuldner indes sei dieser der Eigentümer. Mit Recht bemerkt hierzu Lang, dass ein derart geteiltes, nach einer Seite vollwirksames, nach der anderen ohnmächtiges Eigentum eine „juristische Unmöglichkeit“ sei [1]). Nur eine verhängnisvolle Verwechslung des Eigentumsbegriffs mit dem wirtschaftlichen Begriffe des Vermögens kann der Ausgangspunkt dieser Begriffsspaltung sein [2]). Unser Recht weist keine Norm auf, aus der eine Rechtfertigung jener Teilung des Eigentums, über welche zudem die Geschichte schon längst das Urteil gesprochen hat, herzuleiten wäre [3]). Es dürfte der Meinung Dreyers [4]), dass bei dieser Konstruktion ein Unterschied zwischen dem verdeckten und dem fiduziarischen Geschäfte nicht obwalte, für zutreffend zu erachten sein.

Eine zweite Theorie lehrt gleichfalls, dass die Sicherheitsübereignung in eigentümlicher Weise als ein doppelseitiges Geschäft sich darstelle. Erstlich trete bei ihr der „positiv-dingliche Vertrag“ in die Erscheinung, der die von den Parteien in Wahrheit gewollte Uebereignungserklärung enthalte. Da jedoch das Eigentum nicht dauernd dem Gläubiger zustehen solle, sondern nur solange und mit solcher Umgrenzung der Ausübungsgewalt, wie der Sicherungszweck es erheische, so trete — als zweite Seite des Geschäfts- . . . der „negatorisch-obligatorische Vertrag“ — als Nebenvertrag hinzu; mit dieser Beredung würden die Wirkungen des ersten Vertrages auf das mit dem

1) Lang a. a. O. S. 243—244.
2) Goltz a. a. O. S. 26.
3) Schultze a. a. O. S. 29.
4) Dreyer a. a. O. S. 238.

Zwecke gegebene Mass eingeengt[1]). Diese Konstruktion dürfte an sich für sachentsprechend zu erachten sein.

Letztere Auffassung, dass der die Rechtsmacht des Erwerbers reduzierende Zweck allein in dem Nebenvertrag erfindlich und dass die aus diesem Vertrage dem Erwerber erwachsende Verpflichtung lediglich obligatorischer Natur sei, hat neuestens Schultze lebhaft angefochten[2]). Er nennt das fiduziarische Rechtsgeschäft, wie es von der vorher erörterten Theorie dargestellt wird, römisch fiduziarisches, weil in ihm unzweifelhaft die echte alte römische Pfandfiduzia wieder erstanden ist[3]). Neben diesem Rechtsgeschäft lebt nach der Ansicht Schultzes im geltenden Rechte noch ein deutsch-fiduziarisches Rechtsgeschäft (Treuhänderschaft). Dessen Wessen erblickt er darin, „dass der Treuhänder — d. i. bei der Sicherheitsübereignung der Erwerber — durch den ihm gesetzten Zweck nicht bloss obligatorisch, sondern auch dinglich gebunden ist, dass die ihm verliehene dingliche Rechtsmacht von vornherein in Anpassung an den gesetzten Zweck eingeschränkt ist. Die Beschränkung der dinglichen Rechtsmacht des Treuhänders kann eine zweifache sein. Endweder: er erhält Eigentum, aber nur unter auflösender Bedingung, so dass bei Fortfall, Unerreichbarkeit des Zweckes oder zweckverletzendem Handeln, also auch bei Einbeziehung in den Konkurs des Treuhänders, dinglicher Rückfall an den Treugeber eintritt, ... oder: der Treugeber behält das Eigentum und der Treuhänder bekommt nur ein begrenztes dingliches Recht am Treuhandgut“[4]).

1) Goltz a. a. O. S. 12.

2) Schultze bei Ihering Bd. 43 S. 1—104, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 52 S. 153 flg.

3) Dreyer a. a. O. S. 238.

4) Schultze, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. S. 355.

Wenn nun aber auch eine deutschrechtliche Treuhänderschaft bestanden hat, heute besteht sie nicht mehr. Es ist mit Goldstaub zu sagen[1]), dass die einzelnen von Schultze als gesetzlich begründet aufgeführten Treuhänderfälle[2]) in ihrer Gesamtgestaltung der deutschrechtlichen Treuhänderschaft nicht entsprechen. Dass sie in manchen Beziehungen an den deutschen Treuhandsgedanken erinnern, begründet keineswegs die Annahme der von Schultze behaupteten Übereinstimmung. Dem Gesetze hat die Absicht, die Treuhänderschaft des deutschen Rechts zu neuem Leben zu erwecken und jene Fälle als Treuhänderfälle zu gestalten, völlig fern gelegen; es erwähnt dieses Institut an keiner Stelle, und die Vorarbeiten zum B. G. B. sprechen sich vielmehr, was auch Schultze nicht verkennt, direkt gegen den Treuhändergedanken aus[3]).

Dass es ausserhalb der Privatwillkür steht, im Einzelfalle ein nicht unter die Kategorien des dritten Buches des B. G. B. fallendes, bisher nicht gekanntes dingliches Recht zu begründen, gibt Schultze selbst zu[4]).

VI. Angriffe der Wissenschaft.

Kein Zweifel — ist die Sicherheitsübereignung dem Boden des Rechts entsprossen, so dürfte bald nicht mancher mehr sich finden, der, um zur Machtstellung des Pfandgläubigers zu gelangen, den beschwerlichen Pfad der Pfandbestellung

---

1) Goldstaub a. a. O. S. 45.

2) Die Pflegschaft für die Leibesfrucht und einen noch nicht erzeugten Nacherben, Testamentsvollstrecker im Falle des § 2208 Abs. 2 B. G. B., erbrechtliche Auflage, Treuhänder des Hypothekengesetzes.

3) Vgl. Schultze bei Ihering S. 63 u. 66 sowie die dort angeführten Stellen aus den Motiven zum B. G. B.

4) Schultze bei Ihering S. 27, vgl. unten G. II. 4.

wandern möchte. Etwa hundert Paragraphen unseres Gesetzbuches würden dann „einen Schlag in's Wasser“ bedeuten[1]), ein Riesenstück einer Riesenarbeit würde zur ewigen Unfruchtbarkeit verurteilt sein. Mag dieses Ergebnis auch ein unfreudiges Staunen erwecken: „es herrscht ein so allgemeines Vertrauen auf die unerschütterlich festen Grundlagen dieses Instituts, dass die Frage nach seiner Giltigkeit fast als ein Frevel erscheinen könnte“[2]).

Gänzlich bedenkenfrei steht indessen die Theorie von der Sicherheitsübereignung auch für ihre Anhänger nicht da. Konstruktive Zweifel[3]) gehen mit der Erkenntnis der wirtschaftlichen Unbrauchbarkeit[4]) der neuen Rechtsform Hand in Hand. Überzeugungskräftige Sätze hat die Wissenschaft diesem Institute noch nicht zur Basis widmen können. Der Zweifel an dem wahren Leben der Sicherheitsübereignung trägt daher noch nicht das Mal einer Sünde gegen die Wissenschaft; diese hat vielmehr, um mit Bekker zu reden, „ihre Arbeit an gegebener Stätte als vollendet niemals zu betrachten, solange noch irgend welcher berechtigte Widerspruch möglich ist“.

Die Angriffe, welche gegen die Sicherheitsübereignung geführt werden, haben entweder den Vorwurf der Simulation oder den der Gesetzesumgehung zum Inhalte. Der Gesichtspunkt der Simulation ist, seitdem Regelsberger[5]), Hellwig[6]), und insbesondere Bähr[7]), die Sicherungsgeschäfte für vollkommen ernst gemeint und wirklich ge-

1) Leist a. a. O. S. 10. Pfaff a. a. O. S. 153.

2) Willutzki, J. W. S. 711.

3) Vgl. oben B. V.

4) Vgl. Kohler, Arch. f. B. R. S. 235. Linckelmann ebenda S. 230, Goldstaub a. a. O. S. 60. Dreyer a. a. O. S. 456.

5) Arch. f. d. c. Pr. Bd. 63 S. 173.

6) ebenda Bd. 64 S. 375.

7) a. a. O. S. 60.

wollt erklärt haben, nur noch einmal von Willutzki[1]) betont worden. Linckelmann[2]) hat der Meinung, dass die Sicherheitsübereignung ein Scheingeschäft sei, eine eingehende Würdigung gänzlich versagt, weil er dieser Auffassung eine grundsätzliche Bedeutung nicht beimisst. Die Literatur, die sich die Frage nach der Rechtsbeständigkeit der Sicherheitsübereignung zum Gegenstande erwählt hat, stellt sich daher im wesentlichen als eine Untersuchung über die Frage nach dem Vorhandensein eines agere in fraudem legis dar. Im folgenden werden beide Gesichtspunkte Beachtung finden und zwar zunächst der der Simulation.

C. Die Sicherheitsübereignung und die Simulation.

Bei einem simulierten Geschäfte sind die Parteien einig darüber, dass die Erklärung nicht ernsthaft, sondern nur zum Schein abgegeben ist. Neben diesem Scheingeschäfte besteht noch das von ihm verschiedene sog. verdeckte oder dissimulierte Geschäft. Bei dem letzteren wollen die Parteien zwar einen Rechtserfolg herbeiführen indessen einigen sie sich nicht in den Formen des hierzu eigens bestimmten, sondern in den Formen eines anderen Rechtsgeschäftes. Das Scheingeschäft ist gemäss § 117 B. G. B. nichtig, das verdeckt gewollte Geschäft gemäss § 117 Abs. 2 a. a. O. giltig, sofern seine Voraussetzungen gewahrt sind.

Das Eigentumsübertragungsgeschäft ist gemäss den §§ 875, 929 B. G. B. abstrakter Natur, d. h. es ist los-

1) Jur. Wochenschr. S. 711.
2) a. a. O. S. 229.

gelöst von dem begleitenden obligatorischen Rechtsgrunde (causa) zur Eigentumsübertragung. Es genügt für den Eigentumserwerb die Einigung des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang in Verbindung mit der Eintragung in das Grundbuch bei unbeweglichen und der Besitzübergabe bei beweglichen Sachen[1]). Eine Eigentumsübertragung ist deshalb an sich giltig, wenn sie zu dem Zwecke der Sicherung einer Forderung erfolgt. Man könnte nun einwenden, dass jene Zweckbestimmung auf die Scheinnatur schliessen lasse. Diese Folgerung ist jedoch irrig. Ein Grundsatz, dass jener Zweck an sich schon das ganze Übereignungsgeschäft zu einem Scheingeschäfte stempele, würde in der Luft schweben. Mit Recht sagt das Reichsgericht[2]), dass die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung in durchaus ernstlicher Absicht erfolge. Es kann vielmehr, wie Lilienthal ausführt[3]), gerade daraus, dass die Parteien den Zweck der Sicherung ernstlich wollten, nur gefolgert werden, dass sie auch das Mittel hierzu, also die ihnen anstatt des Pfandrechtes bequemere Übereignung, ernsthaft gewollt haben. Im Zusammentreffen mit einzelnen vertraglichen Abreden oder mit dem stillschweigenden Verhalten der Parteien mag unter Umständen sehr wohl die Scheinnatur annehmbar sein. Damit wird jedoch eine das Wesen des Geschäfts berührende These nicht aufgestellt.

Die Frage, ob die Sicherheitsübereignung ein Scheingeschäft ist, liegt demgemäss ganz auf tatsächlichem Ge-

1) Vgl. Endemann II S. 312 flg. Goltz a. a. O. S. 4 flg. Lilienthal a. a. O. S. 543. Siehe aber Wienstein a. a. O. S. 243. Strohhal a. a. O. S. 535.

2) R. G. Bd. II S. 170.

3) a. a. O. S. 544.

biete; sie ist von Fall zu Fall zu entscheiden[1]). Mit Recht spricht ihr daher Linckelmann jede grundsätzliche Bedeutung ab.

D. Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz und Umgehungsgeschäfte.

I. Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz.

Ein gegen das Gesetz gerichtetes Rechtsgeschäft setzt eine Verbotsnorm voraus: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet[2]). Das Gesetz muss einem Prohibitivzwecke dienen; in der Norm selbst muss ausgesprochen sein, dass der Gesetzgeber bestimmte Rechtshandlungen unterdrücken, das Eintreten eines bestimmten Erfolges verhüten will.

Ein Verbotsgesetz kann demgemäss nur Bedeutung haben, wenn im Falle seines Nichtbestehens die abzuwehrende Handlung Rechtsfolgen haben würde. Im Verhältnis zu einem Gesetzesverbote kann daher lediglich ein derartiges Handeln in Betracht kommen, das dazu dienen könnte, rechtliche Folgen hervorzubringen, das also an sich mit den Vorschriften der Rechtsordnung in Einklang steht[3]).

Demgegenüber kündigt der Gesetzgeber in den sog. Gebotsnormen die Tatbestandsmerkmale an, die gegeben sein müssen, damit ein Rechtsgeschäft giltig sei. In den gebietenden Rechtssätzen sind also die Voraussetzungen der Entstehung oder des Erlöschens eines Rechts festgelegt. Wer den Anforderungen eines Gebotsgesetzes nicht genügt,

---

1) wie vor. Anm.

2) l. 29. D. de leg. I, 3.

3) Linckelmann a. a. O. S. 216. Endemann I. S. 38 flg. Bähr a. a. O. S. 59, R. G. Bd. 44 S. 107.

begibt sich von vornherein jeglicher Aussicht auf den Eintritt der gewollten Wirkungen — nihil potest evenire, nisi causa antecesserit — ohne Ursache keine Wirkung. Hier ist nicht die Verletzung, sondern die Nichterfüllung einer gesetzlichen Vorschrift gegeben[1]).

II. Umgehungsgeschäfte.

Wie das Handeln gegen das Gesetz, so kann auch eine Umgehung des Gesetzes nur bei Verboten vorkommen[2]).

Das Umgehungsgeschäft führt auf einem Umwege zu dem Erfolge, den das Gesetz ausschliesst.

Den Begriff der Gesetzesumgehung hat das römische Recht entwickelt. Im klassischen römischen Rechte war das Recht des Klägers mit der actio unlöslich verwachsen. Nur dann gewährte der Richter Hilfe, wenn das schutzsuchende Recht mit einer actio ausgestattet war. Es erhellt, dass im Falle eines Gesetzesverbotes in Form der Verweigerung einer actio die Parteien in der Lage waren, das Verbot durch Begründung eines anderen mit einer actio ausgerüsteten Rechtsverhältnisses, das ihnen den nämlichen Erfolg wie das verbotene Institut eintrug, gegenstandslos zu machen. Dieses Vorgehen, dass ohne Verstoss gegen den Wortlaut die Tendenz des Gesetzes durchkreutzte, nannten die Römer in fraudem legis agere und stellten[3]) es als den Rechtsbegriff der Gesetzesumgehung dem Begriffe der Gesetzesverletzung ausdrücklich gleich. Unter der Herrschaft des Aktionensystems hatte demnach das

1) Endemann a. a. O. und „Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze“ S. 1 flg. Linckelmann a. a. O.

2) Endemann, B. G. B. I. S. 40. Linckelmann a. a. O. S. 216. Dernburg, B. G. B. I. S. 55.

3) l. 29, 30 D. de leg. 1, 3; l. 5 pr. C. de leg. 1, 4.

Institut des in fraudem legis agere die Bestimmung, den Wirkungskreis der Verbotsgesetze über deren Wortlaut hinaus zu erweitern, ihren wahren Willen über das Gehege des Ausdrucks hinaus zur Anerkennung zu führen. Für das klassische römische Recht waren also die Gesetzesverletzung und die Gesetzesumgehung wesentlich verschiedene Rechtsbegriffe.

Mit der fortscheitenden Erkenntnis jedoch, dass Recht und Gesetzesworte nicht einerlei seien, dass in einem Rechtssatze ein Wille sich bergen könne, der durch den Wortlaut nicht vollständig gedeckt werde, musste jener im römischen Rechte herrschende Unterschied schwinden. In jedem Gesetze lebt nur ein Sinn, ein Wille. Dies gilt selbstverständlich auch für das Verbotsgesetz. Ist dieser Wille verletzt, so ist das Gesetz verletzt; daran kann die Form, in welcher die Verletzung sich vollzieht, nichts ändern. Gesetzesumgehung ist Unrecht, ist eine Gesetzesverletzung, mag sie sich auch als eine auf Umwegen bewirkte Verletzung darstellen. Es bedarf folgeweise keines gesetzlichen Ausspruchs, der das agere in fraudem legis dem agere contra legem gleichstellt[1]) Erklärt daher § 134 B. G. B. ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, für nichtig, so spricht er damit auch jedem Rechtsgeschäft, das ein Umgehungsgeschäft ist, die Giltigkeit ab[2]).

Bei Erörterung der Frage, wann im einzelnen ein Umgehungsgeschäft vorliege, ist in erster Linie zu beachten, dass unsere Gesetzgebung den Güterverkehr grundsätzlich nicht durch Vorschriften einengt, welche die Verfolgung bestimmter wirtschaftlicher Interessen nur in genau vor-

1) Linckelmann a. a. O. S. 219. Hellwig a. a. O. S. 371. Leist a. a. O. S. 88, 89.

2) Dernburg B. G. B. I. S. 55. Endemann B. G. B. I. S. 40. Windscheid-Kipp I. S. 277. Matthiassa. a. O. I. S. 227.

geschriebenen Rechtsformen zulassen; es steht vielmehr dem subjektiven Willen anheim, wirtschaftliche Zwecke in jeder beliebigen Rechtsform zu erstreben. Eine Handlung unterliegt jedesmal dem Gesetze, dem die gewählte Rechtsform untersteht[1]). Es ist daher denkbar und nicht ohne weiteres zu beanstanden, dass jemand ein wirtschaftliches Ziel mittels eines Rechtsgeschäftes verfolgt, das sich nicht als das diesem Zwecke regelmässig dienstbare darstellt. Nicht ohne weiteres bedeutet diese Handlung eine Umgehung des Gesetzes. Sittliche oder wirtschaftliche Erwägungen können indes den Gesetzgeber bewegen, die Verfolgung bestimmter wirtschaftlicher Interessen in einzelnen Fällen zu missbilligen und daher rechtlich zu erschweren oder überhaupt zu unterdrücken[2]).

Ein Gesetz kann zunächst einen wirtschaftlichen Erfolg missbilligen, jedoch nur verbieten, ihn in der bestimmten, von ihm vorgezeichneten Art und Weise herbeizuführen. Es richtet sich dann einzig und allein gegen die Rechtsform, die das regelmässige Mittel zur Erlangung dieses Zweckes bildet, und will nicht die Herbeiführung des Erfolges an und für sich verbieten. Infolgedessen steht es dem Privatbelieben anheim, das wirtschaftliche Ergebnis in einer anderen, dem Verbote nicht unterliegenden Rechtsform zu realisieren. Eine Gesetzesumgehung würde im letzteren Falle nicht vorliegen[3]). So kann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehemann über ein zu dem Gesamtgute gehöriges Grundstück gemäss § 1445 B. G. B. ohne Einwilligung der Frau zwar nicht verfügen; gleichwohl ist es ihm unbenommen, ohne diese Einwilligung das nämliche Ergebnis dadurch herbeizuführen, dass er

1) Endemann B. G. B. I. S. 462. Kohler a. a. O. S. 144.
2) R. G. Bd. 44 S. 107.
3) Hellwig a. a. O. S. 89.

ein Darlehen aufnimmt, und der Gläubiger das Grundstück wegen seiner Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung versteigern lässt oder mit einer Sicherungshypothek beschwert[1]).

Regelfall ist indes, dass sich ein Verbot nicht bloss auf eine bestimmte Rechtsform, sondern auf das wirtschaftliche Ergebnis als solches erstrekt. Das Gesetz verbietet in diesem Falle die Herbeiführung eines bestimmten ökonomischen Resultates schlechthin oder gestattet sie nur unter ganz bestimmten Bedingungen. Das Gesetz wird auch hier meistens die Rechtsform untersagen, welche zur Verfolgung des fraglichen Zweckes regelmässig benutzt wird. Jedoch entspringt dieses anscheinend beschränkte Verbot entweder der Auffassung, dass mit dem Wegfall des regelmässigen Zweckmittels auch jedes andere verlegt sei oder auch der Unmöglichkeit, alle die Mittel auszuschliessen, welche der Verkehr zur Erreichung des Zieles aufzudecken vermag. „Die gesetzliche Bestimmung greift hier durch; sie bindet sich nicht an die einzelne Rechtsform, sie ergreift vielmehr das Zweckbestreben, wo immer sie es findet, in welcher Rechtsform es sich birgt, oder durch welchen Komplex von Rechtsgeschäften auch immer es sich hindurchzuschleichen sucht“[2]). In solchen Fällen besteht in Wahrheit die Gefahr einer Gesetzesumgehung, der absichtlichen Wahl einer anderen Rechtsform „zum Zwecke der Erreichung dessen, was das Gesetz nicht will“[3]). Hier ist die Regel zu beherzigen: Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Dem Richter erwächst die Pflicht, über den Buchstaben hinweg den Sinn des Gesetzes zur Anerkennung zu bringen, auch

1) Leist a. a. O. S. 89.
2) Kohler a. a. O. S. 144. Hellwig a. a. O. S. 371.
3) R. G. Bd. 44 S. 112.

solchen Rechtsgeschäften, die nicht der Wortlaut des Gesetzes, wohl aber sein Wille trifft, entgegenzutreten[1]).

Unrichtig verlangt Leist[2]) als Voraussetzung der Statthaftigkeit einer derartigen Gesetzesanwendung, dass in bedenkenfreier Weise aus dem Gesetze hervorgehe, die Erreichung des gemissbilligten Erfolges solle nicht auf dem Hauptwege allein, sondern auch auf jedem Umwege ausgeschlossen sein. Habe der Gesetzgeber, führt Leist aus, an einen bestimmten Umweg überhaupt nicht gedacht, so dass dieser Pfad auch im Gesetze nicht berührt sei, so erhebe man den Richter, wenn man ihm jene Macht zuspreche, zum Gesetzgeber. Indes ist es keineswegs eine gesetzgeberische Tätigkeit, die der Richter in solchen Fällen übt; er schafft kein neues Gesetz, sondern er stellt nur den wirklichen Sinn des vorhandenen Gesetzes fest und wendet dieses seinem erforschten Sinne gemäss an. Er handelt daher so, wie das Gesetz selbst es begehrt. „Die Rechtsprechung ist", wie das Reichsgericht hervorhebt, „berufen, den Willen des Gesetzes zur Geltung zu bringen"[3]). Es liegt in derartigen Fällen auch nicht „die Verbesserung eines mangelhaften Gesetzes durch den Richter, zu der der Richter nicht berufen ist, sondern die dem wahren Willen des Gesetzes nach seinem Grunde und Zwecke entsprechende Anwendung des Gesetzes, zu der der Richter an erster Stelle berufen ist"[4]), vor.

Als Folgerung ergibt sich: Die Sicherheitsübereignung lässt sich als ein Umgehungsgeschäft nur dann charakterisieren, wenn ein Verbotsgesetz vorliegt. Die Gesetzesumgehung ist daher lediglich als eine Frage der Gesetzesauslegung zu behandeln[5]).

1) Hellwig a. a. O. S. 372. Bähr a. a. O. S. 88 f.
2) Leist a. a. O. S. 88. 3) R. G. Bd. 44 S. 113.
4) R. G. Bd. 44 S. 108, 109. Goldstaub a. a. O. S. 58.
5) Linkelmann a. a. O. S. 220.

E. Das Verbot der sog. Mobiliarhypothek.

Unter diesem Verbote versteht man die gesetzliche Ausschliessung des reinen Vertragspfandes, wie auch die Unstatthaftigkeit des constitutum possesorium bei dem Besitzpfande [1]).

Die Frage, ob ein derartiges Verbot besteht, bietet gegenwärtig nur noch vom Standpunkte des herrschenden Rechts Interesse. Der nachfolgenden Erörterung sind daher § 1204 Abs. 1 B. G. B., der den Begriff und § 1205 Abs. 1 a. a. O., der die Begründungsweise des Mobilienpfandrechtes feststellt, zugrunde zu legen [2]). Diese Bestimmungen leiden das Pfandrecht nur in der Form des Faustpfandrechtes. § 1205 bringt die Voraussetzungen zur Kenntnis, unter denen das Recht des § 1204, das Pfandrecht, zur Entstehung gelangt. Der habitus dieser Vorschriften ist unverkennbar derjenige gebietender Normen. Sie befehlen, dass derjenige, der eine Forderung sicher stellen will, diesen Zweck nur auf dem von ihnen gewiesenen Wege bewirke; sie geben bestimmte Erfordernisse an, die erfüllt werden müssen, wenn der Erfolg der Sicherung eintreten soll. Ein gesetzlicher Wille, der auf Versagung des Gebrauchs irgend

---

1) Linckelmann ebenda.

2) § 1204 Abs. 1 B. G. B.: Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (Pfandrecht). § 1205 Abs. 1 a. a. O.: Zur Bestellung des Pfandrechtes ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, dass dem Gläubger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes.

einer Rechtsform oder der Herbeiführung eines ökonomischen Resultates abziele, verrät sich prima facie in den Vorschriften nicht. Es gehört jedoch zum Wesen der Verbotsnorm, dass ein derartiger Wille in ihr sich vergegenständlicht[1]).

Die Annahme, dass die fraglichen Bestimmungen gebietenden Inhaltes sind, wird durch die historische Entwicklung bestätigt. In dem gleichen habitus nämlich begegnet, abgesehen von dem Mobiliarpfandgesetz des Herzogtums Braunschweig vom 8. März 1878, § 19, die gesamte vor 1900 herrschend gewesene Gesetzgebung[2]), so dass die Pfandrechtsbestimmungen des B. G. B. als deren geschichtlich folgerichtige Fortbildung anzusehen sein dürften. Die Annahme wird ferner auch dadurch bestätigt, dass der Entwurf erster Lesung § 1147 III Satz 2 und zweiter Lesung § 1115 Satz 2 jede Pfandbestellung, wenn der Verpfänder das Pfand im Besitz behielt, ausschliessen wollte, dass dies aber später gestrichen worden ist.

Gleichwohl lehren manche Schriftsteller[3]), dass die Vorschrift des § 1205 B. G. B. eine Verbotsnorm sei. Die Gründe, die Bähr und Hellwig unter der Herrschaft des alten Rechts für ihre Lehre von dem Verbote der Mobiliarhypothek ins Feld führten, dürften bei der Gleichform der gesetzlichen Bestimmungen und der Verkehrsverhältnisse heute mit gleichem Gewichte treffen.

Auch das gegenwärtige Pfandrecht wird von den Prinzipien der Spezialität und Publizität, wie bereits oben dargelegt ist, beherrscht. Die Erkennbarkeit des Pfandrechts wird durch die Besitzübergabe erzeugt[4]). Es lässt

---

1) Linckelmann a. a. O. S. 227. Endemann B. G. B. II. Seite 543.

2) Linckelmann a. a. O. O. S. 226.

3) Vgl. oben B, I.

4) Vgl. oben A, II.

sich daher mit Recht der Einwand Bährs und Hellwigs wiederholen, dass nämlich das Gesetz, das die Bestellung eines Pfandrechtes an Mobilien nur in der Form des Faustpfandes zulasse, als Prohibitiv-Gesetz gegen das wirtschaftlich missbilligte Verhältnis, dass ein Gläubiger an Sachen seines Schuldners ein Vorzugsrecht erwerbe, die letzterer im Gewahrsam behalte, und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleihe, die ihm in der Tat nicht zukomme, gerichtet sei, dass aber das Verbot gegen die Verpfändung als diejenige Rechtsnorm, unter welcher jenes wirtschaftlich missbilligte Verhältnis bisher regelmässig aufgetreten sei, sich wende. Dieser Hinweis ist nicht ohne überzeugende Kraft. Linckelmann erkennt die von Bähr betonte Missbilligung zwar als zutreffend an und gibt zu, dass die Sicherheitsübereignung gesetzgeberisch missbilligt werde, dass jene Missbilligung als gesetzgeberisches Motiv auch wirksam gewesen sei, weist aber den Schluss, dass dieses Motiv die Annahme einer Verbotsnorm begründe, als irrig zurück. Er hält es für unentbehrlich, dass die Missbilligung normgesetzlich zum Ausdrucke gelangt.

Die Erwägung Endemanns, dass in gleicher Weise, wie mit der Sicherheitsübereignung, auch mit den Abzahlungsgeschäften eine Verdunkelung der Verkehrsverhältnisse zum Nachteile der Verkehrssicherheit eintreten könne[1]), vermag allein die Überzeugungskraft der Bährschen Argumentation nicht zu schwächen. Die wirtschaftliche Persönlichkeit des Abzahlungskäufers ist eine ganz andere als die desjenigen, der auf seine Sachen leiht; dort sieht man das Bestreben, Vermögen zu erwerben, schuldenfreies Eigentum sich zu erringen. In der Regel sind es Leute, die zwar wirtschaftlich schwach sind, aber

1) Endemann B. G. B. II. S. 544, Anm. 14.

durch eine besondere Erwerbstüchtigkeit Gewähr bieten, sich emporzuarbeiten, die auch ferner von weiteren Schulden als den Kaufgeldschulden nicht gedrückt sind. Auf der anderen Seite aber sieht man einen Vermögensrückgang, Erschöpfung des Personalkredits, ein Anklammern an den Tauschwert der letzten Habe; hier werden zumeist die Schulden grösseren Umfanges sein, denn zur Verpfändung wird der Schuldner meist als zur letzten Hilfsquelle schreiten. Während also hier die Kreditwürdigkeit vollends fehlt, ist sie dort tatsächlich vorhanden. Ein begründetes Interesse an fremdem Vermögensstande ist aber erst mit einem wirtschaftlichen Niedergange gegeben, mit dem Augenblicke, wo der Gläubiger gezwungen wird, die Habe des Schuldners zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Tritt dieses Stadium bei dem Abzahlungskäufer ein, so wird der Verkäufer von seinem Rechte schleunigst Gebrauch machen, so dass der dritte, der etwa um Kreditgewährung von dem Schuldner angegangen wird, über die Vermögenslage des Käufers nie im unklaren bleiben kann. Gerade in dem kritischen Momente also wird dem Abzahlungskäufer durch die Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes seitens des Abzahlungsverkäufers die Unterlage des Realkredits entzogen in dem Augenblicke nämlich, wo er auf die verkehrsgefährdende Stufe eines krediterschleichenden Scheineigentümers herabzusinken droht.

Der Schluss, dass ein verbietendes Gesetz vorliege, ist jedoch in Wahrheit unzulässig, aber allein deshalb, weil jene Missbilligung normgesetzlich nicht zum Ausdrucke gelangt ist. Die Gesetzesbestimmung enthält eben — und daran lässt sich nicht rütteln — kein Verbot, sondern ein Gebot: das Gesetz sagt nicht, was es nicht will, sondern positiv, was es will.

Ist mit dieser Feststellung die Sicherheitsübereignung

als Rechtsinstitut anerkannt, ein Institut, dessen Verderblichkeit selbst seine Befürworter nicht bestreiten können? Wiederum ist es Bähr, der begründete Zweifel weckt. Er deutet durch folgendes Beispiel den Widerspruch an, in den der Gesetzgeber durch die Billigung dieses Ersatzgeschäftes mit sich selbst geraten würde: Gesetzt, jemand, der einen Garten sich anlegen will, errichtet an dem Grundstücke eine wohl verschlossene Tür, lässt aber daneben den Zaun sperreweit offen, so dass jeder neben der Tür weg in das Grundstück eindringen kann: Was würde man wohl von einem solchen Manne sagen? Der Weisheit dieses Mannes gleicht aber ganz die des Gesetzgebers, welcher zwar die Verpfändung ohne Besitzübertragung verbietet, daneben aber die Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung auch mit Belassung des Besitzes bei dem Schuldner für zulässig erklärt. Es erscheint in der Tat kaum glaublich, dass der Gesetzgeber, von der Wahrnehmung der durch die Mobilien-Hypothek hervorgerufenen Missstände zu einer Reformarbeit angetrieben, diese Arbeit nur halb getan habe. Die meisten dürften wohl der nämlichen Meinung sein. Manche auch werden mit Linckelmann sagen, dass das in der Missbilligung jener Verhältnisse liegende gesetzgeberische Motiv immerhin zu einer Einschränkung der Privatwillkür geführt habe, diese Einschränkung jedoch nicht in einer Verbots-, sondern in einer strengeren Gebotsnorm zum Ausdrucke gebracht sei[1]). Linckelmann vermag indes hiermit nicht dem Übel abzuhelfen, er muss der Sicherheitsübereignung als einem besonderen Sicherungsmittel eine Stelle unter den Rechtsinstituten zubilligen. Nach seiner Ansicht ist die Reformgesetzgebung speziell eine Pfandrechtsgesetzgebung, nicht bestimmt, eine allgemeine Regelung

1) Linckelmann a. a. O. S. 227, 228.

über die rechtliche Verfolgung des Sicherungszweckes als solchen zu treffen. Pfandrecht und rechtliches Sicherungsmittel sind folgeweise für ihn **nicht** einerlei. „Wenn das Gesetz sagt, führt er aus, zur Entstehung eines Pfandrechtes an beweglichen Sachen oder an Forderungen gehören die und die Voraussetzungen, so sagt es nicht, dass dieselben Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wenn ein anderes Rechtsinstitut zur Erreichung des Sicherungszweckes angewandt wird“ [1]). Mit dieser Ausführung wird der Kern der ganzen Streitfrage berührt.

Die Kern- und Vorfrage ist: Will die Pfandrechtsgesetzgebung die Erreichung des Sicherungszweckes ausschliesslich regeln? Ist das Pfandrecht das rechtlich allein zulässige Sicherungsmittel? Oder anders ausgedrückt: Ist das Pfandrecht einerlei mit Mobiliarsicherungsrecht? Linckelmann glaubt diese Frage mit seiner vorerwähnten Ausführung endgiltig aus der Welt zu schaffen, sowie mit dem geschichtlichen Hinweise, dass die einzelnen gesetzgeberischen Akte als Ausdruck einer einheitlichen Reformbewegung aufzufassen seien, welche gleichmässig aus den gerade mit dem römischen Pfandrechte verbundenen Missständen hervorgegangen sei. Er hält es demgemäss für selbstverständlich, dass neben dem Pfandrechte noch weitere Institute zur Verfolgung des Sicherungszweckes rechtlich vorhanden sind [2]).

In dieser Anschauung fliesst Richtiges mit Unrichtigem zusammen. Dass dem so ist, dürfte allein die Tatsache schon beweisen, dass die Übereignung zum Zwecke der Sicherung „von jeher ein Schmerzenskind der juristischen Literatur und der Rechtssprechung gewesen ist“ [3]).

1) Linckelmann a. a. O. S. 225. Lilienthal a. a. O. Seite 543.

2) ebenso Lilienthal a. a. O. S. 543.

3) Lilienthal a. a. O. S. 542.

F. Der Sicherungszweck.

I. Zweck, Sicherungszweck.

Zweck ist die begehrte Wirkung. Wesentlich für den Begriff des Zweckes ist demgemäss die Vorstellung von einem Gegenstande, der Wunsch, diese zu verwirklichen und die Vorstellung der Mittel, die dazu führen.

Was bedeutet Sicherung? Der Ausdruck Sicherung wird im Verkehr in zweifacher Bedeutung gebraucht. Regelmässig wird ihm der Sinn beigelegt: Schutzvorkehrungen treffen, um einem drohenden Ereignisse mit Erfolg begegnen zu können. Man rüstet sich also mit den sachgemässen Schutzmitteln aus und lässt das gefürchtete Ereignis an sich herantreten. Indessen verbindet man mit dem Begriffe Sicherung sehr oft auch die Bedeutung der Verhütung einer Gefahr; man wartet den Zusammenstoss mit dem drohenden Ereignisse überhaupt nicht ab, man will das Ergebnis eines Kampfes überhaupt nicht erleben.

Dort schützt man sich vor der Möglichkeit des Unterliegens in dem gewollten Kampfe, hier vor der Möglichkeit des Bestehens eines Kampfes; dort ist die Aussicht auf den Zusammenstoss der Beweggrund, geeignete Kampfmittel zu sammeln, um damit seine gegebene Lage zu erhalten, hier dagegen Beweggrund, seine Position gegen eine andere, dem Kampfe entrückte, zu vertauschen. Dort also stellt man in Wirklichkeit das Gegebene sicher, tut man etwas, um es zu erhalten; hier dagegen gibt man es völlig auf. Oder anders ausgedrückt: Dort bedeutet Sicherung: Ausstattung mit Schutz-, also Machtmitteln zum Zwecke der Teilnahme an dem Kampf, hervorgegangen aus dem Siegesmotiv; hier bedeutet Sicherung Verhütung jeglicher

Kampfesteilnahme, also der Notwendigkeit, Kampfmittel zu gebrauchen. Dort erscheint die Sicherung als Selbstzweck in organisch notwendiger Verknüpfung mit einem herrschenden Zwecke — begehrt ist die Wirkung der Ausrüstung im Dienste eines schutzbedürftigen Gutes; hier erscheint die Sicherung als absoluter Selbstzweck, als Zweck der Flucht vor einem Kampf, der Aufgabe einer Position, entsprungen der Kampfesunlust, der Unlust, zu schützen.

Der Zweck der Sicherung kann hiernach zweierlei bedeuten, je nachdem man die Wirkung der Schutzfähigkeit begehrt, je nachdem man also von der Vorstellung der Fähigkeit, etwas zu beschützen, in Verbindung mit dem Wunsche, diese Fähigkeit zu haben, und von der Vorstellung der diese gewährenden Mittel beherrscht ist, oder die Wirkung des Fernbleibens von dem Kampfe ersehnt, also die Vorstellung von der Nichtbeteiligung, von der Abkehr von der gefährdeten Position in Verbindung mit dem Wunsche der Verwirklichung dieser Vorstellung, sowie die Vorstellung der dieses ermöglichenden Mittel hat.

II. Zweck der Sicherung wegen einer Forderung und Motiv der Sicherung wegen einer Forderung.

Für den Zweck der Sicherung wegen einer Forderung ergibt sich hiernach folgendes: Die Forderung oder vielmehr das Recht auf Zahlung ist gefährdet, die Nichterfüllung ist die drohende Gefahr. Dieser zu begegnen, ist in zweifacher Form ausführbar:

Erstlich: Der Gläubiger lässt die Forderung und mit ihr die Gefährdung bestehen. Er sucht sich aber mit der nötigen Rechtsmacht auszurüsten, um im Falle der Gefahrverwirklichung durch jenes Machtmittel sich selbst Erfüllung zu verschaffen. Diese rechtliche Schutzmacht

muss notwendig in einer Herrschaft über Sachen des Schuldners bestehen; denn der Personalkredit reicht ja gerade nicht aus, der Realkredit ist daher nötig und begehrt. Diese Sachherrschaft muss eine rechtliche Handhabe sein, die dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung die Fähigkeit gibt, selbst die gefährdete Befriedigung aus der beherrschten Sache zu entnehmen. Sie muss also zwar selbst ein begehrtes Gut, insofern Selbstzweck sein können, muss aber gleichwohl nur der schutzbedürftigen Forderung wegen bestehen und daher in dem Schutzzwecke ihr Ziel und ihre Machtgrenzen finden[1]).

Zweitens: Der Gläubiger will die Gefahr der Nichterfüllung verhüten; er will auf jedes Mittel, ihr siegreich zu begegnen, verzichten. Er will sich lieber des gefährdeten Gutes, der Forderung, begeben, als für sie sich mit Schutzmitteln rüsten. Er schafft daher die Gefahr der Nichterfüllung und mit ihr die Notwendigkeit, sich mit Schutzmacht auszustatten, aus der Welt. Eine Herrschaft über Sachen des Schuldners muss die solchergestalt „sichernde“ Wirkung haben können. Sie trägt diesen Erfolg nur ein, wenn der Gläubiger sie *anstatt* der Forderung hinnimmt. Hier ist die Sachherrschaft absoluter Selbstzweck, sie ist nur ihrer selbst willen begehrt, sie steht mit nichten in Schutzdiensten. Ihr Aufleben soll vielmehr das Absterben des schutzbedürftigen Gutes bedeuten. Der Gläubiger will eine neue Rechtsposition ersteigen, weil er die alte aufgeben will. Die gefahrvolle Gebrechlichkeit seines alten Standpunktes ist *motivierend* für die Schaffung des neuen. Diese begehrte Herrschaft über Sachen des Schuld-

1) Vgl. hiermit die Anmerkung bei *Dühringer-Hachenburg* a. a. O. S. 550: „Es wäre eine ernstliche Hingabe an Zahlungs Statt erforderlich, um die Forderung durch Verrechnung zu tilgen. Ist aber eine *Sicherung* bezweckt, so *kann* die Forderung *nicht* erlöschen.

ners ist die von dem Gläubiger allein begehrte Wirkung; er begehrt die Sachen als Tauschobjekte.

Die Sachherrschaft ist demzufolge im ersteren Sinne ein Rechtsschutzmittel, eine accessorische Sachherrschaft, hier dagegen eine Sachgewalt, welche Ziel und Ende in sich selbst trägt. Die Sicherung der Forderung ist dort wesentlicher **Zweck** eines Rechtsvorganges mit der Wirkung der Schaffung eines Zweckmittels, hier unbeachtliches **Motiv** zur Beseitigung der schutzbedürftigen Forderung durch Begründung einer Sachherrschaft als Ersatzgut.

Für die weitere Betrachtung scheiden alle Fälle aus, in welchen der Ausdruck Sicherung im Sinne der Gefahrverhütung verwandt wird. Die gefährdete Forderung wird hier nicht behütet, sondern getilgt — und zwar getilgt durch Verleihung einer Herrschaft über Sachen des Schuldners. Es handelt sich hier um ein wahres Austauschgeschäft. Gegen Verzicht auf die Forderung übereignet der Schuldner dem Gläubiger Sachgüter. In diesem Falle bedeutet die Sicherheitsübereignung weiter nichts als eine Hingabe an Zahlungs Statt[1]) das anhängende Wort „Sicherung“ bedeutet lediglich das Motiv, welches jenen Rechtsvorgang auslöst. Eine Verfolgung des Sicherungszweckes liegt hier nicht vor.

In den hier gekennzeichneten Fällen liesse sich nicht ohne eine gewisse Berechtigung von einem „wirtschaftlichen“ Zwecke der Sicherung reden. Der Gläubiger schätzt nämlich allein die mit einem solchen Sicherungsgeschäft verbundene Wirkung auf seine Vermögenslage. Er zählt die Forderung vor ihrer Tilgung zu seinem aktiven Vermögensbestande. Die Höhe des Bestandes gerät durch deren Unsicherheit ins Schwanken. Er sucht

1) Vgl. die vorher angeführte Anmerkung aus Dühringer-Hachenburg.

deshalb als vorsichtiger Wirtschafter weniger die Forderung, als vielmehr seinen Vermögensstand zu erhalten. Dies glaubt er durch den Erwerb von Sachen des Schuldners unter Aufrechnung mit seiner Forderung zu erzielen. Sein Zweck ist demnach rein wirtschaftlicher Natur. Dieses Zweckbestreben ist rechtlich ohne Erheblichkeit; es stellt lediglich ein unbeachtliches Motiv dar, das zu dem Abschluss eines Austauschgeschäftes führt.

G. Pfandrechtsgebot und Sicherungszweck.

I. Der Sicherungsgedanke als Rechtsgedanke.

Im Verkehrsleben tritt im Einzelfalle in erster Linie das Bedürfnis nach einer bestimmten Regelung der Verkehrsbeziehungen hervor, und hieraus erwächst allmählich das allgemeine Bewusstsein, dass für diesen Fall eine ganz bestimmte Gestaltung allein förderlich und darum auch notwendig sei. Es erwacht bei den Verkehrsgenossen die Überzeugung, dass die erwünschte Ordnung die zur Erhaltung des Zusammenlebens und Hebung des gemeinsamen Wirkens geeignete, die sozial richtige sei. Mit dieser Überzeugung ist der Rechtsgedanke geboren. Aufgabe der Gemeinschaft ist es nunmehr, diesen Gedanken in Recht umzusetzen, ihn zur Rechtsnorm, zum Gesetz, zu erheben. Der „Inhalt der Rechtsordnung geht auf die Regelung von menschlichem Zusammenwirken, das auf Bedürfnisbefriedigung gerichtet ist“ [1]). So ist die Rechtsidee früher da als das Recht selbst. Der Rechtsgedanke kann vollkommener sein als die Form, die ihn birgt. Mag

1) Stammler a. a. O. S. 117.

auch die Satzung sich ändern, der Gedanke bleibt der nämliche; jene hat eine Geschichte, dieser nicht. Er ist eine Kundgabe des Göttlichen im Menschen, die Satzung ist lediglich Menschenwerk. „Jurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia“ [1]).

Die Tatsache: Nunquam privatum esse sapientem [2]), ist der nie versiegende Quell aller Verkehrsbeziehungen, so auch des gewaltigen Austauschs der privatrechtlichen Güter unter den Menschen. Das legitime Mittel zu diesem Tauschverkehr „gibt das obligatorische Versprechen, das zum Ausgleiche der wirtschaftlichen Bedürfnisse die Überführung der Güter aus dem Vermögen des einen Rechtssubjekts in das des anderen vermittelt“ [3]). Die Obligation hat sonach die Bestimmung, die Leistung eines Rechtssubjekts einem anderen zuzuführen. Mit dem Ausbleiben dieser Leistung tritt notwendig eine Stockung in dem Güterverkehr ein. Die Besorgnis, dass das Forderungsrecht allein einen ungehemmten Güteraustausch nicht gewährleiste, dass es als Verkehrsmittel zu schwach sei, weckte das Bedürfnis nach einem Rechtsbehelfe, der die Realisierung der Obligation sicher stelle. Dieses Mittel konnte, da die Obligation, die Herrschaft über die Person des Mitmenschen, sich gerade als unzulänglich und selbst schutzbedürftig erwies, allein in einer unmittelbaren, legitimen Gewalt über das Vermögen der Person sich darstellen. Die unmittelbar an den Rechtsgütern bestehende Herrschaft, von welcher aller Austausch der Lebensgüter seinen Ausgang nimmt, bedurfte einer breiteren Basis,

---

1) Vgl. § 1 J. de just. et jure I, I; L. 10 § 2 D. de just. et jure I, I.

2) Aall a. a. O. S. 93.

3) Endemann a. a. O. Bd. I S. 401.

einer Vervielfältigung ihrer Erscheinungsformen[1]). Hiermit war die allgemeine Überzeugung gegeben, dass ein gedeihliches Zusammenleben es notwendig mache, von dem Eigentum, der Grundform der Sachenrechte, ein begrenztes Recht abzuspalten.

Es erhebt sich nun die Frage, welcher Art Rechtsmachtmittel durch diesen Rechtsgedanken der Forderungssicherung bedingt war, und sodann die weitere Frage, welche positive Gestaltung die Rechtsordnung diesem Gedanken verliehen hat.

Der rechtliche Sicherungsgedanke an sich, sein Inhalt, Ziel und seine rechtlich mögliche Verkörperung sind bereits erörtert[2]). Es ist dargelegt, dass die Sicherungsidee ihrem Wesen nach nur in einer accessorischen, in ihrem Bereiche durch den Schutzmittelzweck umschriebenen Sachherrschaft ihre Vergegenständlichung finden könne. Über die weitere Frage nach der positiv-rechtlichen Formung des Sicherungsgedankens wird folgendes ausgeführt.

II. Der Sicherungszweck ein unbeweglicher Rechtszweck.

„. . . Kausalberedungen gibt es, die nicht beweglicher Natur sind, sondern sich mit einem bestimmten vermögensrechtlichen Akte zu einem zusammengesetzten, aber unbeweglichen Rechtsgeschäfte zusammenschliessen. Das zeigt sich zunächst bei den sog. benannten Realkontrakten. Ganz abgesehen davon . . . . sind sie Gaben zu bestimmten Zwecken, und die Zweckberedung gibt gerade dem Geschäfte seinen individuellen Charakter . . . . Das Verpfänden ist ein pignori dare . . . ., das pignori dare kann durch Einräumung des juristischen Besitzes,

1) Vgl. Endemann B. G. B. I. S. 401.

2) Vgl. oben unter F.

nicht aber durch Eigentumsübertragung, realisiert werden ... Diese Betrachtungen zeigen, dass die Personen in bezug auf das, was sie wollen können, nicht ganz frei sind. Ihre Willenserklärungen bedürfen einer Zweckbestimmung ...., und auf der anderen Seite schreibt die Rechtsordnung vor, was zur Realisierung bestimmter Zweckberedungen gewollt werden kann“ [1]).

Die Rechtsordnung kann, wie Karlowa in diesen Ausführungen andeutet, bestimmte Verkehrszwecke zu feststehenden Rechtszwecken prägen. Die Art ihrer Verfolgung wird hiermit dem freien Belieben entzogen; sie kann sich nur noch, wenn nicht der Zweck wechseln oder aufgegeben werden soll, in der vorgeschriebenen Bahn abspielen.

Der Zweck der Forderungssicherung ist in diesem Sinne legalisiert. Zu seiner Erreichung kann lediglich eines gewollt werden: das, was das Gesetz vorschreibt. Das Gesetz hat ein bestimmtes Machtmittel zur Verwirklichung dieses Zieles geschaffen. Es hat diese Handhabe als Bestandteil der sachenrechtlichen Gebilde entwickelt, so dass sie als Zweck-, nämlich Sicherungsmittel und gleichzeitig als Selbstzweck begehrt werden kann.

1. Diese Auffassung gelangt in dem Wortlaute des § 1204 B. G. B. klar zum Ausdruck: „Eine bewegliche Sache kann **zur Sicherung einer Forderung** in der Weise belastet werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen. (Pfandrecht)“. Das Gesetz spricht wörtlich von dem Zwecke der Sicherung und gibt gleichzeitig das Zweckmittel in der durch die Sicherungsidee bedingten [2]) Gestaltung an die Hand. Diese

1) Karlowa a. a. O. S. 175. 2) Vgl. oben F.

Norm ist prima facie, ihrer klaren und unzweideutigen Ausdrucksweise zufolge, ausschliesslich eine Norm über die Art und Weise der Verfolgung des Sicherungszweckes. Sie gewährt dem, der eine Forderung sicher stellen will, die in ihr bestimmt umschriebene Rechtsmacht. Unter welchen Voraussetzungen er diese Befugnis erlangt, bestimmt § 1205 B. G. B. Es gibt also nach der klaren Gesetzesbestimmung ein **Mobiliarsicherungsrecht.** Dieses Recht heisst zufällig Pfandrecht, eine Bezeichnung, die für den Inhalt und die Bedeutung der Rechtsnorm absolut gleichgültig ist. Das Gesetz bringt die Unerheblichkeit dieser Benennung schon durch ihre, in Klammern geschaltete, dazu ohne inneren Zusammenhang mit dem Satzgefüge an den Schluss der Gesetzesworte beiläufig gerückte Anfügung zum Ausdruck.

2. Die Richtigkeit dieser Argumentation wird durch den organischen Werdegang der Sachenrechte bestätigt. Die dinglichen Rechte sind das Ergebnis einer fortschreitenden Kultur. Anfänglich gab es lediglich eine Vollherrschaft des Menschen über die Natur, lediglich ein Eigentumsrecht[1]). Feld, Wald und Wiese waren unerschöpflich und unergründlich; die Natur schenkte in Überfülle; sie ernährte alle Volksgenossen. Niemand war in seiner Lebenshaltung von einem anderen abhängig; es gab keinen Grund, die Lebensgüter auszutauschen, keinen Grund, Verkehrsbeziehungen auszubilden. Es bedurfte daher keines Regulators des Verkehrs; es war nötig und vorhanden eine einzige unmittelbare Beziehung zwischen den Gaben der Natur und dem Menschen: die schrankenlose Naturbeherrschung. Es herrschte Einfachheit in der Lebensführung, Einfalt in Zielen und Zwecken, Einheit der Zweckmittel.

---

1) Vgl. Endemann, B. G. B. II. S. 269.

Mit der zunehmenden Zahl der Genossen, mit dem Aufblühen der landwirtschaftlichen Verhältnisse und vornehmlich des städtischen Lebens rückten die Menschen notwendig einander näher. Die Sachgüter wurden mehr begehrt und daher seltener. War es vordem der Kampf mit dem Überflusse, der die Genossen, weil sie einander nicht bedurften, trennte, so war es jetzt der Kampf mit dem Mangel, der sie zusammenführte. Der eine war auf die Unterstützung der anderen angewiesen. Die Vollherrschaft, das Eigentum, wurde der Vorzug weniger. Die Lebensführung des einen musste immer mehr den Lebenskreisen der anderen sich anpassen. Die Geburtsstunde des Verkehrs, gemeinschaftlicher Zwecke, hatte geschlagen. Hiermit erwachte das Bedürfnis nach sozial billigenswerten Mitteln zur Erreichung der Lebenszwecke. Die Alleinherrschaft des Eigentums fand naturgemäss ihr Ende; es war unfähig, den vielfältigen Lebenszielen gerecht zu werden. Die Konkurrenz in der Güterbeherrschung machte eine Sachherrschaftsteilung notwendig. Es erscholl der Ruf nach einer Variation der Sachbeherrschungsmöglichkeit, nach einer Vervielfältigung der Sachgewaltkategorien.

Der Verkehr ist der Quell neuer Bedürfnisse, neuer Zwecke und des Bedürfnisses nach entsprechenden Zweckmitteln. Die letzteren zu schaffen ist der Beruf des Rechts. „Alles was auf dem Boden des Rechts sich findet, ist durch den Zweck ins Leben gerufen und um eines Zweckes willen da. Das ganze Recht ist nichts, als eine einzige Zweckschöpfung“ [1]). Die tatsächliche Unmöglichkeit, dass jeder Genosse die Nutzungen aus den Sachgütern in der Eigenschaft als Eigentümer zieht, liess das Bedürfnis entstehen, den Nutzwert der Sachen unbeschadet der Fortdauer des bestehenden Eigentums in den Verkehr

1) Ihering a. a. O. I. S. 442.

zu stellen. Das Bewusstsein der Ausführbarkeit und sozialen Nützlichkeit einer derartigen Verkehrsweise gewann allgemein die Herrschaft über die Volksgenossen und erstarkte zum Rechtsgedanken. Der Gedanke, dass ein Genosse eine Sache so weit unmittelbar beherrschen könne, als lediglich ihr Gebrauchswert zulässt, und ohne dass dadurch die Vollgewalt des Eigentumes aufgezehrt werde, erlangte in der Anschauung der Genossen den Wert, Inhalt rechtlicher Normen zu sein. Hiermit ist der Wille zum Recht erwacht und für die Volksgemeinschaft die Aufgabe entstanden, Mittel zur Ausführung jener Gedanken zu finden, also Rechtsmachtmittel zu schaffen. Es ist zweifellos: die Volksgenossen wollen übereinstimmend ein bestimmtes Ziel erreichen und wollen folgerichtig auch den sichersten Weg zu diesem Ziele gehen. Die von ihnen geschaffenen sachenrechtlichen Machtgebilde strahlen unverkennbar diesen Willen zurück, sie sind als den Sachgebrauchsmöglichkeiten entsprechende Sachbeherrschungsmöglichkeiten herausgebildet.

Das Pfandrecht ist, wie oben bereits erörtert, aus dem Gedanken der Realsicherung erwachsen. Es war das Bedürfnis, gegen die Nichterfüllung der Forderung gesichert zu sein, das den Willen zu dem Mittel der Sicherung weckte. Die Vorstellung von der Sicherungsmöglichkeit war vor dem Mittel da. Sie hatte zum Inhalte nur die Erkenntnis der Notwendigkeit einer Forderungssicherungsmöglichkeit durch Sachbeherrschung und entwickelte sich zu der Vorstellung von der Fesselung des Tauschwertes[1]) fremder Sachen als dem zu dem Sicherungsziele allein hinleitenden Mittel der Sachherrschaft. Die Naturgeschichte des Pfandrechtes geht auf in der rechtlichen Ausbildung dieser Vorstellung oder besser gesagt: in der Aus-

1) Vgl. Endemann B. G. B. II. S. 436.

gestaltung eines diesem Sicherungszwecke adäquaten Rechtsmachtmittels.

Den Beweis hierfür gibt die historische Fortentwicklung der Pfandfiducia. Die Umgrenzung der mancipatio mit dem Hemmungsmittel der fiducia offenbart in unverkennbarer Weise jene Idee in ihrem rechtsschöpferischen Wirken, bekundet den Willen der Genossen, eine Sachherrschaft nur in dem inhaltlich auf das Sicherungsinteresse zurückgedrängten Umfange zu schaffen. Man kannte nicht den Namen Pfandrecht, und dennoch schaffte man Pfandrechtswirkungen. Man hauchte einer Form, der mancipatio, die Sicherungsidee ein, und sie wirkte wie das Pfandrecht. Allerdings verlieh die mancipatio dem Gläubiger sua vi ac potestate Eigentum[1]). Indes entfloss diese Konsequenz einem durch das positive Recht geformten Formalakte, nicht aber dem herrschenden, rechtsschöpferischen Volkswillen; sie entsprach einem leblosen, nur noch durch die bestehende Staatsverfassung erhaltenen, dem Rechte einer verflossenen Kulturepoche, nicht mehr jedoch dem wahren im Volke lebendigen Rechtsbewusstsein. Es war eine Übergangszeit in der Rechtsentwicklung angebrochen; aus der als Grundform der bürgerlichen Vermögensrechte anerkannten Eigentumsmacht[2]) sollte eine Teilherrschaft ausgeschieden werden, die Herrschaft nämlich, die später tatsächlich in der hypotheca begegnet. Bei der hypotheca offenbaren sich die gleichen Wirkungen wie bei der Pfandfiducia[3]), jedoch ist hier im Gegensatz zur fiducia die Ursache auch in ihrer äusseren Erscheinung den Wirkungen adäquat.

---

1) Oertmann a. a. O. S. 2.

2) Vgl. Endemann a. a. O. II. S. 371.

3) Hier ist an den praktischen Erfolg, nicht an die rechtlichen Folgen gedacht.

Die Entwicklung der Sachenrechte, insbesondere des Pfandrechtes, ist sonach, wie oben erörtert, eine organische, besteht in letzter Linie darin, Rechtsmachtmittel zu schaffen, die inhaltlich und in ihrer Ausgestaltung den Zwecken, denen sie dienen, entsprechen: der vorauseilenden Idee das passende Gewand zu weben. Die Seele der Rechtsbildung ist eben, wie Ihering sagt, der Zweck, oder besser gesagt, der Verkehrszweck: das Gute, als Gegenstand sozial gebilligten Strebens[1]). Hieraus ergibt sich als Folgerung, dass für das Sachenrecht der Grundsatz von der Übereinstimmung von Zweck und Mittel nicht bloss einem positiven Gesetzgebungsakte entsprungen[2]), sondern eine durch die organische Entwicklung des Rechts bedingte Notwendigkeit ist.

3. Je näher das positive Recht der Realisierung des Prinzips, dass Mittel und Zweck in gleichem Verhältnis zueinander stehen sollen, kommt, um so mehr ist es „Recht". Wo die Satzung hinter dem offenbar erstrebten Zwecke zurückbleibt, da mag die waltende Idee noch nicht klar erkannt sein; hier fehlt die Vollkommenheit der Schöpfung, weil der Schöpfer noch nicht zum klaren Schauen des Rechts durchgedrungen ist. Die Harmonie zwischen dem Verkehrszwecke und dem im sozialen Leben erwachsenen Zweckmittel, dem Rechtsmachtmittel, bringt die dem Rechte immanente Eigenschaft der Richtigkeit zur Kenntnis. Denn „das Recht ist, wie der tiefsinnige Schotte Carlyle sagt, richtig ausgedrückte Macht"[3]). Es ist unleugbar, dass in allen „sozialen Taten und menschlichen Satzungen sich Sinnen und Sehnen nach dem Richtigen birgt. . . . Dieser Zug nach einem richtigen Inhalte seiner Normen . . . .

1) Aall a. a. O. S. 86, und die gesamten Ausführungen Stammlers a. a. O.

2) Vgl. Endemann B. G. B. S. 47, II. Bd.

3) a. a. O. S. 197.

ist mit dem Bestande des Rechts selbst gegeben“ [1]). Richtig aber ist eine Norm, die in sachlich begründeter Weise einen Fall regelt[2]). Das Richtige ist auch einerlei mit dem Begriffe der Wahrheit[3]). Demnach ist das richtige Mittel dasjenige, das sachlich geboten, durch den Zweck gefordert, das diesem angepasst ist, in gleichem Verhältnis zu ihm steht. Man könnte auch das richtige Mittel als verkehrswahres Mittel bezeichnen.

Der hier dargelegte Grundsatz von der Uebereinstimmung zwischen Zweck und Mittel oder, was das nämliche ist, von der Richtigkeit des Rechts, ist für die Gesetzgebung, bewusst oder unbewusst, der tiefste Grund zur Aufstellung des Verbotes der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der dinglichen Verträge sowie zur Sanktionierung des Grundsatzes, dass die Zahl der dinglichen Rechte auf die im Gesetze aufgeführte Zahl beschränkt bleiben solle (numerus clausus), gewesen[4]). Einem für den einzelnen Fall völlig neugeschaffenen Sachenrechte würde die Eigenschaft der Richtigkeit überhaupt fehlen. Eine derartige Rechtsschöpfung würde nicht die Erhebung eines sozialen Gedankens zur Norm bedeuten; sie würde vielmehr ein nur subjektiv für passend befundenes Mittel zur Erreichung eines Verkehrszweckes sein. Das gleiche gilt von einer willkürlichen Änderung des ein für allemal festgelegten Inhaltes der dinglichen Rechtsbeziehungen[5]); in solchen Fällen würde der nämliche Gegensatz hervortreten. Die Folge einer derartigen Divergenz zwischen Zweck und

1) Stammler a. a. O. S. 28.

2) Stammler a. a. O. S. 57.

3) Mach a. a. O. S. 1—30.

4) Endemann B. G. B. II. S. 79 und 44; Windscheid-Kipp I, S. 360.

5) Vgl. Endemann a. a. O. II. S. 79.

Mittel würde naturgemäss Verkehrsunsicherheit und Rechtsungewissheit sein.

Als Folgerung ergibt sich: Das Pfandrecht steht, weil ihm die Eigenschaft der Richtigkeit immanent ist, in Harmonie mit dem Sicherungszweck, ist daher von Natur Sicherungs-, und zwar Mobiliarsicherungsrecht.

In der Lehre, dass die Erreichung des Zweckes, einem Gläubiger für seine Forderung eine Sicherheit zu bestellen, in verschiedener Weise denkbar sei, kann lediglich ein Hinweis auf den chronologisch-geschichtlichen Entwicklungsgang der Pfandrechtsformen erblickt werden[1]). Eine Theorie aber, dass dieses Sicherungsrecht in willkürlicher Weise geformt werden könne, kann hiermit nicht aufgestellt werden; sie wäre ebenso haltlos wie eine Lehre, dass die Weisheit der Gesetzbücher alleweil plötzlich vom Himmel herabfalle. Die Rechtsidee ist immer gleichmässig wach; ihre praktische Durchsetzung ist dagegen eine Frage der Rechtsbildung, die unter Umständen schnell oder auch langsam, im Kampfe mit absterbenden, aber noch mächtig nachwirkenden Anschauungen oder mit formalistischen und verfassungsmässigen Schwierigkeiten sich vollziehen kann. Ja, es mag wohl sogar einmal geschehen, dass die rechtschaffenen Faktoren unter den Einflüssen politischer Natur handeln, „dass[2]) unverschämte Beutegier oder zynische Despotie, sei es eines Tyrannen oder Volkshaufens, das Instrument des Rechts in bloss subjektiver Weise ausnutzen. Aber das hebt den objektiv auf das Richtige hinleitenden Gedanken der rechtlichen Ordnung selbst nicht auf.“

Die Formen, in welchen der rechtliche Sicherungsgedanke sich vergegenständlicht hat, sind allein die man-

---

1) Vgl. Windscheid-Kipp I. S. 1005.

2) Stammler a. a. O. S. 31.

cipatio und darauf die spezielle Sachherrschaft, wie gezeigt: ein Bild naturgemässen Aufwachsens eines neuen sachenrechtlichen Instituts.

Die Folgerung aus der vorgängigen Darlegung mündet in den Satz aus: Das Recht aus den §§ 1204, 1205 ist notwendig dem Sicherungszwecke adäquat, stellt ein mit dem zufälligen Namen „Pfandrecht" bezeichnetes Mobiliarsicherungsrecht dar.

H. Das Pfandrecht als Mobiliarsicherungsrecht.

Mit der Aufstellung des Satzes, dass die §§ 1204, 1205 B. G. B. ausschliesslich die Fälle der Mobiliarsicherung regeln, fällt rechtsnotwendig die gesamte Lehre von der Übereignung zum Zwecke der Sicherheit. Ein Sicherungsgeschäft kann hiernach nur in der besonderen Gestalt des § 1205 a. a. O. zustande kommen; die hier vorgeschriebene Formerfüllung ist ein wesentliches Erfordernis. Bei Nichtbeobachtung dieser Bestimmung tritt gemäss § 125 a. a. O. Nichtigkeit ein.

Die Rechtsanwendung hat sich demgemäss allein auf die Prüfung der Frage zu beschränken, ob das Übereignungsgeschäft zum Zwecke der Sicherung einer Forderung geschlossen ist, ob also eine Übereignung in dem oben zu B) erörterten Sinne vorliegt. Trifft dies zu, so ist das Abkommen nichtig. Ist dagegen die Sicherung lediglich Motiv zum Geschäftsabschluss, so handelt es sich um eine Hingabe an Zahlungs Statt, um ein giltiges Rechtsgeschäft.

Die Meinung Linckelmanns[1]), das Pfandrecht könne, wenn man annehme, dass es den Sicherungszweck

1) a. a. O. S. 220 flg.

ausschliesslich regele, als Verbotsnorm angesehen werden, ist nicht zutreffend. Es ist zunächst nicht abzusehen, warum nicht auch in diesem Falle die Missbilligung normgesetzlich ausgesprochen werden muss. Ferner erhebt aber auch das Pfandrecht in seiner Eigenschaft als Mobiliarsicherungsrecht keineswegs den wirtschaftlichen Erfolg der Sicherung zum Gegenstand seiner Normen. Denn in diesem Falle würden offenbar auch die oben zu F) II. erörterten Rechtsgeschäfte in seinen Machtbereich fallen; diese sind jedoch, wie ausgeführt, als dem Sicherungsmotiv entsprungen, vollständig auszuscheiden. Der wirtschaftliche Zweck der Sicherung ist auch vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung im Wege der Sicherheitsübereignung verfolgbar.

Umgehungsgeschäfte sind bei der Natur des Pfandrechtes als Gebotsgesetz juristisch unmöglich. Entweder sind die Formvorschriften erfüllt oder nicht; im letzteren Falle wird allemal § 125 B. G. B. anwendbar. Ein dissimuliertes Geschäft insbesondere würde nur bei Vorliegen der Erfordernisse des gewollten Geschäftes gemäss § 117 a. a. O. giltig sein[1]).

---

1) Vgl. hierzu Linckelmann a. a. O. S. 217.